
254
10 G
23





LE

QUISTIONI DI DRITTO

DI

NICOLA NICOLINI

NOVELLA EDIZIONE

Col confronto della legislazione vigente nel Regno
e della odierna giureprudenza
Preceduta dalle notizie su la vita e su le opere dell' Autore

PER

GIUSEPPE MADIA

Professore Pareggiato di Dritto nella Regia Università di Nap[illegible]
Già Professore Ordinario di Dritto e Procedura Penale della Regia Università di Siena.

PARTE SECONDA

NAPOLI

NICOLA JOVENE — *Strada Trinità Maggiore, 39.*
C. PEDONE LAURIEL — *Vico Majorani, 43, pri[illegible]*

1870



NICOLINI

QUISTIONI DI DRITTO

LE

QUISTIONI DI DRITTO

DI

NICOLA NICOLINI

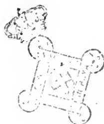
NOVELLA EDIZIONE

Col confronto della legislazione vigente nel Regno
e della odierna giureprudenza
Preceduta dalle notizie su la vita e su le opere dell'Autore

PER

GIUSEPPE MADIA

Professore Pareggiato di Dritto della Regia Università di Napoli
Già Professore Ordinario di Dritto e Procedura Penale della Regia Università di Siena.



PARTE SECONDA

NAPOLI

PRESSO GLI EDITORI

NICOLA JOVENE | **C. PEDONE LAURIEL**
Strada Trinità Maggiore, 39 | *Vico Majorani, 43 p. p.*

1870

Stab. Tip. — Vico Luperano, 7

I.

DELLA DIVISIONE

DELL'AVVOCHERIA CRIMINALE DALLA CIVILE

DISCORSO 1).

Dividor haud aliter quam si mea membra relinquam.
Ovid. Trist. I, 3, v. 73.

1. Degli annui discorsi, co' quali si riapre appo noi la carriera giudiziaria, oggetto principale è lo smascherar qualche vizio, o combattere qualch'errore che venga ad esserle di deviamento o d'inciampo. Ed io spero raggiugner oggi il mio scopo col prender di mira un pregiudizio, il quale tagliando in brani l'impero di Temi, presume farne sussistere di per sè solo ogni membro; sopprime fra essi quel cambio e quel commercio d'idee dal quale solo può aver ciascuno ed augumento e perfezione e splendore; ed alla fine li fà tutti intristire, sino a renderli incapaci di fruttificar altro che sterile e minuta messe di quistioni inestricabili, e di aride risoluzioni di casi particolari. Le sette antiche de' giureconsulti distinguevansi fra di loro per la diversità del principio, in cui riconoscevano lo spirito universale, anzi la forza generativa e vitale di tutto il corpo del dritto. Queste nostre ne spezzano l'unità, e lo dividono principalmente in due parti, sì ch' ogni suo cultore può esser tentato di attribuirsene una sola, e creder farsene un patrimonio esclusivo, una provincia indipendente, ed aver l'altra in dispregio, anzi rifiutarne ogni aiuto, e gloriarsi finanche, non solo d'ignorarne le leggi, ma di neppure averla visitata ospite, nè tocca.

2. Io parlo, Signori de' *civilisti*, e dei *criminalisti*, nel senso però che a questi nomi dà il volgo. Nè già voglio dal nome di volgo, eccetto l'uom saggio, trar fuori persona. Certamente la giustizia civile va per giurisdizione e per rito, distinta dalla penale Ma se l'una determina il dritto, l' altra n'è la guarentigia e la difesa; entrambe nascono da un tronco unico; entrambe vanno, concordi sempre ad un fine. L'una e l'altra non è che una forza sola, la quale ne'tribunali propriamente detti civili, stringe ciascuna parte dell'edifizio sociale al suo luogo e ne' penali corregge i movimenti incomposti delle parti discordanti, e nel comprimerli, ritira gli ordini verso i loro principii. Quindi una è la giustizia, sempre e dovunque ed attributrice e riparatrice; là però intesa ad attribuire a ciascuno ciò che gli spetta; qua più rivolta a ripararne le offese. I di lei ministri e cultori possono ben dirsi giudici e difensori di cause ora civili, ora criminali; ma la loro educazione, le regole fondamentali, l'anima informante di tutto il sistema, son comuni: le stesse sue ultime diramazioni, sì nell'una branca, che nell'altra, se differenziano fra di loro, non possono fiorire nè fruttificare, se non prendendo l'una dall'altra appoggio, alimento, virtù espansiva a vicenda. Per la qual cosa chi non rinunzia al titolo nobilissimo di giureconsulto, non può assumer mai, qual carattere distintivo di professione, il nome di *civilista*, o di *criminalista*. Voci son queste di basso conio, voci da cancellarsi dal vocabolario dell'alto fòro, come sono escluse da ogni favella d'alto stile, voci analoghe a quelle di bassi e manuali mestieri, e non proprie degli uffizii dell'arte nobilissima, che fu chiamata da Tullio, sapienza educatrice, e madre e regina di tutte le altre arti del viver civile.

3. Imperocchè chi mai può vantarsi di conoscere il valore di un dritto, chi l'importanza di un' obbligazione, se non n'e-

1) Pronunziato all'udienza della corte suprema a camere riunite nel dì 7 di gennaio 1836, giorno del riaprimento solenne dell'anno giudiziario. — V. la *nota* 1, al n. I, pag. 315.

samina il peso nella bilancia della giustizia penale? Pretermetto, che comuni alla giustizia penale ed alla giustizia civile sono le eccezioni della cosa giudicata, della prescrizione, della rinunzia all'istanza. Tralascio le quistioni giurisdizionali, le ricuse, l' azion civile contro i giudici, il sostenere non accettabili in giudizio alcune azioni o gravami, l'estimazione delle pruove testimoniali, il magistero di riunire molti fatti particolari e spesso contraddittorii nella formola astratta della ipotesi generale della legge. Nè v' intratterrò sulle azioni o eccezioni civili, dipendenti essenzialmente dalle leggi penali, qual è il falso incidente civile, l'esercizio abusivo o l' abusivo impedimento di un dritto, il conoscere a qual punto dee giungersi per poter dire reato il far da sè ciò che per mezzo del giudice dee chiedersi. Ma qual fia l' arte onde prevedere o scuoprire i ravvolgimenti obliqui della falsità e della frode negli atti della vita, e specialmente nel falso istrumentario, giudiziario, testamentario, se s' ignorano i modi onde si acquista e si conserva e si trasmette la proprietà, se s'ignora l'indole e la forma varia di questi atti solenni, se s' ignorano la procedura e le pruove onde renderli efficaci in giudizio? Come instruire, come proseguire, come giudicare l' azion civile nascente da reato, come trovar d' ogni offesa l' equazione in risarcimento pecuniario, come di tanti reati, nati da pretensioni civili, assegnar la causa, e seguire con la mente gli effetti, se non si è profondamente versato nelle leggi civili? E chi finalmente consigliar può la via da prendersi ne'casi moltiplici di danno o d' usurpazione, e d'inganno o macchinazione qualunque, se non conosce ben distinto il confine, al di qua del quale la violenza ed il dolo non fanno che operare la rescissione dell' atto e annullarlo, mentre al di là ne traggono il reo alla pena?

4. Nulla io qui dico di nuovo. Chiare troppo, e nate spontanee dalla natura della cosa, e sostenute dall' interesse pubblico, son queste verità. Grandissima dunque contr' esse debb' esser la forza dell' interesse privato, per animare un pregiudizio contrario che le rende vane e le vince. Di fatti un tal pregiudizio, per quanto a me sembra, nacque in prima dall' orgoglio degli alti privilegi, fu nudrito dalla gelosia del potere, divenne generale per la irriflessione dell' abitudine. E pure, benchè uscito in tal modo dalle classi più elevate della società, e legato a' loro interessi, fu nello scorso secolo lungamente combattuto, e vinto alfin dalle leggi. Oggi però si osserva, che nella sfera più luminosa del fòro è guardato con indifferenza; e molti de' più alti ingegni, conoscitori profondi dell' intera materia del dritto, si ritirano volentieri in quell' angolo, ove ad essi ne' primi anni del loro esercizio forense sorrise più prospera la fortuna. — Ed a tali esempii il basso fòro si commuove. Le persone che strisciano in questo, risibili se volesser pretendere a troppa ampiezza di gloria, non ne credono a sè disdicevole una parte; e questa affettano di godere indipendentemente dall'altra; e molti per dappocaggine ciò perdonano ad essi. Così il pregiudizio ripiglia vita nel fango, e per l'altrui ignavia si rinforza, di tanto più di pria periglioso, di quanto or n'è più vile e più infetta l'origine. — Investighiamone le cagioni. Così il nostro discorso potrà parere meno indegno di voi.

5. Fino alla conquista gloriosa di CARLO BORBONE, fra i disordini e le prepotenze e lo spirito di parte del medio evo, era surta presso i nostri padri una legislazione incerta tra la tradizionale e la scritta, in cui per lo più la regola serviva all' eccezione: i privilegi, le immunità, le curve infinite eran tutto. Quindi le ricchezze e il potere in classi privilegiate; alle quali aggiunta co'dritti feudali la partecipazione della prerogativa più alta della sovranità, qual è la giurisdizione e l'impero 1), le rendea tutte quasi sempre immuni dalla giustizia penale ordinaria. Questa adunque venia riserbata contro di coloro ch'eran creduti quasi il rifiuto della società; disprezzo che ricadeva su chi la coltivava. Quindi i *feudisti* 2), i *canonisti*, i *camerali* 3), tre ordini supremi

1) V. nella nostra *Proc. pen.* la parte prima, § 223, 224, 234 e segg., 244, 247 e segg., e nella seconda il § 128.

2) La cattedra del dritto feudale era la *primaria* nell'università degli studii

3) Avvocati addetti particolarmente alla regia

di *civilisti*, si dividevan gli agi e gli onori, esercitando sopra tutti una preminenza non solamente di credito, ma di potere. I *criminalisti* eran considerati nel fòro poco men che gl' *iloti* 1).

6. Si aggiunge, ch'esercitandosi la giustizia penale per via di eculei e di ceppi e di prigioni ch' eran più covi di fiere che custodia di uomini 2), ogni anima bennata volgeva altrove inorridita la vista. Basta rammentare l'obbrobrio ond'eran marchiati, come suoi agenti, gli scrivani, ed i birri: senza soldo i primi, anzi alcuni d' essi compratori o conduttori per mercè non lieve degli ufizii, se ne rifacevano a via di durezze, pascendosi delle lagrime e delle sostanze di chi cadeva in loro mani. E pure tutta la macchina della giustizia penale poggiava su di costoro: essi erano gl' istruttori de' processi; essi dirigevano i giudizii; transigere e mettersi in accordo con essi era tutta l' arte del *criminalista*. A costui intanto o era chiusa la bocca, come avveniva ne' giudizii di *truglio* e di *catena* 3), i quali assorbivano la maggior parte delle cause; oppure ei veniva, *si fas est magnis componere parva*, peggio assai che Antioco dall'aspro Popillio, circoscritto in un cerchio brevissimo ne' procedimenti straordinarii *ad modum belli et per horas* 4): finalmente poi, quando gli era concesso di parlare a suo modo, non si spaziava che fra le date degli atti, ed i modi della cucitura de' processi, o al più in confrontare testimoni contesti o non contesti, presso a poco come chi riponesse ora tutta la forza dell' autorità della corte suprema in confrontare le parole e le sillabe d' una decisione con le parole e le sillabe della instruzione delle pruove. Altissimo merito era poi il saper discernere gl' indizii *in esse indicii, vel in esse probationis*, e sottilizzare fra le distinzioni d' indizii a tortura. a cattura, ad inquirere, dalle quali, più che dalla natura del reato dipendeva la distribuzione delle pene 5): giuoco di forme vane e di vòte parole, in cui la destrezza non si acquistava già con alcuna nobile o filosofica instituzione, ma, come ne'giuochi di mano, con la sola pratica materiale, aggiuntavi la furberia e l' astuzia di saper uccellare qualche giudice buono, cambiando le carte con l' aiuto dello scrivano, o sostituendo altri all'accusato o a'testimoni, o cangiando per fino la faccia de'luoghi e delle strade ove doveva eseguirsi qualche riconoscenza. Ecco ciò che dava la corona di *criminalista primario*.

7. I *civilisti* all' incontro nel movimento delle grandi quistioni d' immunità e di giurisdizioni, nelle grandi pretese dei feudatarii, de' comuni e delle più ricche corporazioni dello Stato, nelle successioni de' gran feudi e talvolta finanche dei regni (chè in tutto eran consultati gli *avvocati primarii*) dovevano di necessità profondar la mente nella storia, nella giurisprudenza universale, nella politica: la materia elevava la professione; l'interesse facea più vivo l' acume degl' ingegni; la pubblicità delle discussioni generava l'eloquenza 6). Quindi il nostro sacro consiglio era tenuto allora come superiore in sapienza ed in filosofia di massime legislative, a tutti i tribunali di Europa 7); quindi tutto cedeva all' autorità de'magistrati e degli avvocati civili; quindi l'eloquenza del fòro civile napolitano passata in proverbio. Basta, per dir tutto, quella che chiamò Redi 8), *terribil dolcezza*, e

camera della sommaria, ove si disaminavano gl' interessi maggiori del fisco, de' baroni e de' comuni, aggiuntivi quelli della serie infinita de' *locati* e *doganati*. — V. nella nostra *Proc. pen.* la parte 1, § 244 e segg.

1) Nella regia università non vi era cattedra di dritto penale. Questa fu instituita da FERDINANDO negli ultimi anni dello scorso secolo.

2) Si parla sempre de' tempi viceregnali. V. Galiani, prefazione al *Dialetto napolitano*. — V. il § 11, n. 1, pag. 154 ed il § 24 nota 3 pag. 324.

3) De' giudizii di *truglio* abbiamo ragionato più volte. V. nella nostra *Proc. pen.* la parte 1, § 240, 910, 913, 914, e la seconda, § 218, e la terza § 531. — Giudizii di *catena* erano le revisioni che si facevano in Vicaria criminale delle condanne in galera pronunziate dalle regie udienze. I condannati legati l' un presso all' altro *in catena* si rimettevano insieme e co' processi in Napoli, diretti all' avvocato fiscale della Vicaria. Ciò è durato fino al 1809.

4) V. nella detta nostra *Proc. pen.* la parte prima § 277.

5) V. la nostra *Proc. pen.*, parte seconda, § 216, 217, 231, 235, 711.

6) V. questa causa della vera eloquenza nel fòro napolitano più ampiamente sviluppata nella nostra *Proc. pen.*, parte prima, § 158, 196, e terza, § 1221.

7) V. nell'opera medesima, prima parte, § 254, 265, 287.

8) Nel suo famoso *Ditirambo*.

fierezza amabile, e *gran tuoni d' eloquenza* di Francesco d' Andrea.

8. Ma l' augusta DINASTIA BORBONICA non venne collocata dalla PROVVIDENZA sul trono delle Due-Sicilie, per sostener privilegi, nè divisioni, nè errori. Già precursori de' felici cambiamenti che da Lei ci vennero, erano qui surti tre grandi: Giovan-Vincenzio Gravina, Giovan-Battista Vico, Giuseppe-Pasquale Cirillo. Il primo avea mostrata l' origine di ogni legislazione civile e penale e di tutte le ramificazioni della giustizia dal principio costitutivo della civiltà e grandezza del popolo romano: il secondo elevatosi in una sfera più alta, la derivò dal principio unico ed unico fine dell' umanità universale; il terzo trasse tutta questa scienza agli usi del fòro, ed incoraggiato dal preside nte Argento, acerrimo nemico delle immunità personali e de' privilegi, si dichiarò altamente il difensore de' deboli contro i potenti, e delle due mal distinte professioni ei fece una sola 1).

9. Intanto cominciò l'azione delle leggi BORBONICHE: le immunità furono combattutte, i privilegi a poco a poco sgombrarono, la sovranità riprese tutti i suoi dritti 2). Ma ciò non potea farsi, senza rialzare la dignità dell' uomo nella giustizia penale. Quindi il regno degli scrivani battuto o vacillante; la formazion de'processi riportata con rito certo nelle mani de' magistrati; le prigioni migliorate; la tortura, raddolcita prima, e poi abolita; e stabilito solennemente il principio, che non riguardi particolari, non ragioni di circostanze o di tempi o d' interessi personali, ma *il solo utile pubblico è la vera misura delle pene* 3). Da indi in poi il fòro criminale prese un altro aspetto, e le difese ed i giudizii ne vennero riportati alla natura vera del dritto, il quale, o sia civile, o sia criminale, non può ripetersi che dalla natura dell' uomo.

8. Le moltiplici disposizioni sopra di ciò sono sparse nelle prammatiche del 1735, del 1738, del 1774, del 1784, e nell' ordinanza militare del 1789. Ma i principii politici e generali se ne leggono con particolarità spiegati nella prammatica del 10 settembre 1740 in occasione della nascita dell' augusta primogenita di CARLO III; nell'altra del 17 maggio 1744 per la pacificazione del regno dopo la vittoria di *Velletri* 4); ed in quella del 15 luglio 1747 per celebrare il grande avvenimento della prima regia prole maschile. Illustri memorie, che gli animi finora forse distratti per le mie parole dal pensiero unico che ci occupa, li richiamano a' voti ardenti per la felicità dell'aspettato parto della nostra GIOVINE AUGUSTA. Bello è il legare alla gloria di quel ceppo immortale della BORBONICA DINASTIA, la gloria ognor crescente del suo GRAN PRONIPOTE; bello è l'augurio, come è bella la virtù, quando dal tronco *risurge per li rami*; bello è il cogliervi in mezzo i frutti più fecondi di prosperità pubblica e di pace 5).

9. I ministri proprii a sì felici cambiamenti, non furono già scelti da CARLO fra i personaggi allora sì splendidi del fòro civile: la loro alterezza era quella che dovea ridursi a più giusti confini. Fu dunque prima chiamato dalla cattedra di dritto penale di Pisa, Bernardo Tanucci; e poi dalla magistratura criminale, educato però, come avverte il Botta, anche nella scuola derivante da Argento, fu innalzato dal Re FERDINANDO, a ministro segretario di stato, Carlo Demarco. Costoro a tutte le immunità, a tutti i privilegi mossero guerra; ed ebbero anche essi nelle cattedre dell' università, ne'recessi filosofici, e nel fòro, il lor Gravina, il lor Vico, il loro Cirillo.

10. Il primo fu Antonio Genovesi, che nella sua *Diceosina* rimembrando l' origine comune di ogni legislazione, stabilisce le fondamenta del diritto universale,

1) Basta leggere qualche sua orazione inaugurale per l'università degli studii.

2) È lo copo principale della nostra storia della giurisdizione nella nostra *Proc. pen.* — V. anche il n. I di queste *quistioni*, pag. 1.

3) Parole dell' esordio della *Pragm.* 40 *De abolitionibus*, 17 maggio 1744.

4) Anno in cui apparve rifatto o perfezionato quel miracolo dell'ingegno umano, particolarmente per la dipendenza di tutte le parti della legislazione da un punto solo, la *Scienza nuova* di Vico.

5) Nel dì 7 gennaio 1836, quando fu pronunziato questo discorso, si era nell'aspettazione del prossimo parto della regina MARIA CRISTINA, che nel dì 16 corrisposo a' voti di tutti. Ma sì fausto avvenimento fu ben tosto seguito dalla morte di Lei. Qual cangiamento di sentimenti ne' popoli! Noi li esponemmo nel discorso che seguirà questo.

nel quale primeggia il dritto criminale: ei concede che necessaria per l'amministrazione è la distinzione della giustizia civile e della penale; ma per ben trattarle, egli dice, una sempre debb' esserne l' instituzione, e questa dipendente dalla filosofia dell' uomo, la quale in prima ci insegna, che non potendo esservi legge senza sanzion penale, le leggi tutte posson dirsi penali. Il secondo fu Gaetano Filangieri, che il principio unico ed il fine unico di Vico sviluppò in tutte le branche della sicurezza e tranquillità e prosperità pubblica, e ciascuna d'esse risolve nel dritto, che fa la parte più nobile della immortale sua opera, cioè nel dritto penale. — Chi adémpì poi alle parti di Giuseppe-Pasquale Cirillo?

11. Ben voi potete, signor Presidente, essermi mallevadore della veracità delle mie parole. Io vi nomino un amico, un collaboratore de' vostri studii e delle vostre onorate fatiche, un compagno, più che maestro; Giuseppe Rafaelli. Ma non ne ricorderò le opere che lo han collocato fra i primi scrittori di dritto universale; non le virtù dell' animo che il fecero maggiore di tutte le vicissitudini della fortuna; non la gloria che in qualità di procurator-generale lasciò a queste sedi del pubblico ministero. Io lo nomino come esempio illustre della riunione in un solo avvocato della profession civile e della criminale 1), esempio indi seguito da tanti, sì che il Re FERDINANDO I potette riunire in un solo l' ordine degli

1) Di assai gentile famiglia, e di padre di non oscuro nome nell'avvocheria, nacque Giuseppe Rafaelli nel dì 26 di febbraio 1750 in Catanzaro, capitale allora di tutta la Calabria-ulteriore, fiorente di nobili ingegni, e rivale non indegna della capitale della Calabria-citeriore, patria di Telesio. Giovinetto dava presagio di sommo poeta: fantasia mobilissima, locuzione infiammata, immagini peregrine e quasi scolpite; le quali però vestendo di f rme sensibili pensieri nuovi e profondi, svelavano in lui un ingegno acre, moltiplice, acuto, fatto per andar molto innanzi alla filosofia del suo tempo. Il che dava al suo dire, ancorchè familiare, risalti spessi e improvvisi di alcun che d' inspirato e di solenne; e questo fu sempre il carattere della sua eloquenza.

Impaziente del campo troppo ristretto di provincia, non avea tocco ancora l'anno diciassettesimo, quando venne in Napoli a compiere i suoi studii. Udì Genovesi; fu familiare a Galiani; piacque a Tanucci: questi lo determinò a correre la via del fôro. Di 19 anni aringò la prima causa criminale. Due anni dopo, nel 1771, difese *Cecilio Forogò di Soveria*, accusata di sortilegio: l'allegazione ch' egli scrisse per lei, fu sì dotta e sì piena del fuoco sacro dell'umanità, che Tanucci la mostrò al Re, il quale commossone, nello stesso anno 1771, vietò per regola generale di procedersi indi innanzi per accuse di simil fatta.— La Francia, la Germania, la Svizzera, attesero molti altri anni per purgare la lor legislazione della sanzion feroce che aveva innalzato roghi alla *Maresciolla d'Ancre*, al curato *Grandier*, ed in tempi a noi più vicini al monaco *Girord*, alla vecchia famosa di *Wurzbourg*, alla contadina *Chandron*, e a tant' altri o infermi di mente, o fatti rei da pregiudicata ignoranza. La colonna infame del *Mora*, con cui era perpetuata la memoria delle stregonerie e degli unguenti malefici, creduti causa della peste del 1630 in Milano, non fu atterrata che nel 1778.

Da quel nostro giudizio ultimo di magia in poi, non vi fu causa che si credette al di sopra della forza della mente e della lingua di Giuseppe Rafaelli. Intanto Giuseppe Giaquinto, austero intelletto, avea già incominciata col suo esempio la riforma dell' avvocheria criminale. Costui l' aveva trovata, quale noi la descriviamo in questo *discorso*, esercitata con arti ben altro che nobili; ma la bella impresa non potea portarsi a compimento da lui solo, e con la sola sua catoniana inflessibilità d' un cuor retto: gli occorreva un campione, che più giovine, e di eguale severità di morale, riunisse a questa l' alacrità d' uno spirito, pronto sì, ma non precipitoso, il brio e la facilità delle maniere, la pieghevolezza a tempo, ed insieme l' ardita novità che sorprende, il dir copioso che confonde e trionfa, e la filosofia dell'uomo che vivifica e riduce ad unità tutte le parti del dritto. Questi fu Rafaelli. Nè poco giovarono a lui le doti esteriori della persona: portamento sicuro; svelta vigoria di movimenti e di forme; occhi e sembianti, specchio seguace dell' anima, atteggiati sempre a' moti del pensiero; sonora ed armonica la voce; ed un cotal misto di gravità e di giocondità nel gesto e nelle parole, che nè per nobiltà di contegno allontanava da sè o minuiva il pubblico favore, nè per vivacità d'attici sali il rispetto. Così i due *Giuseppe* insorsero contro altri due, i quali avean comune fra loro un altro nome ch'io non voglio ridire, ma orgogliosi, quanto pedanti, capi della vecchia scuola. Allora fu che per l'opera di Giaquinto e Rafaelli, richiamate in vita le arti mal obbliate dell'eloquenza greca o romana, il metodo di difendere per via di rigiri cesse alle difese tratte dall'analisi del cuore umano. L' illustre duumvirato combattette unito tutti i vecchi errori, ed informò del suo spirito il nuovo fôro con tanto successo, che quando Giaquinto veniva innalzato alla magistratura, l' altro vedea già sorti sull'arena forense molti colleghi e contraddittori degni di lui. La sua voce potente che si udia tuonare ne' tribunali criminali contro gli accorgimenti e le coperte vie e le soperchianze e le caluonie, non si spiegava men forte in difendere i dritti de' deboli ne' tribunali civili: non vi era giorno in cui egli non fosse chiamato all'agone. Per tacere di molte cause allora famose, ram-

avvocati, ed elevar voi, signor **Presidente**, ed altri illustri avvocati civili a magistrature criminali, del pari che molti avvocati criminali a magistrature civili, e farei vedere capi-ruota e fiscali di vicaria criminale e di udienze, più d' un de' quali ha formato l' ornamento di questa corte suprema, sostituir **Cujacio** a **Follerio**, **Grozio** a **Farinaccio**, **Montesquieu** a **Carpzovio**, e rallegrarsi degli studii eruditi, ed agli avvocati i quali con la parte del dritto propriamente detta civile spiegavan la penale, e con la penale la civile, far plauso ed onore. Giunti a tale, il **Duca d' Ascoli**, il *Pisone* de' tempi nostri, tolse via l' infamia de' birri, e rivolse il pensiero a

menterò soltanto, che nel gran movimento che si osservò in quegli anni contro tutto ciò che sapea di sopruso, settecentottanta cumuni, fino al 1799, aveano profittato del patrocinio di lui contro le prepotenze feudali.

Gran grido se n' era già sparso in Italia. Nonpertanto uscito egli di patria, apparve in Torino maggiore della sua fama. Vi risplendette per molte difese criminali e civili: e tra le seconde non langue ancora la memoria di quella che gli recò assai lucro ed onore, a pro del principe di S. Angelo-imperiali. E poscia in Milano vennero con tanto plauso udite le sue aringhe, che di una di esse per egregio suonatore, e di un'altra per alcuni Polacchi, se ne fecero in breve molte edizioni. La prima specialmente dalla professione armonica del reo trae tal copia d' immagini e tal freschezza di giovanil colorito, che non pare affatto uscita dall'anima d'un uomo già maturo di anni, e sbattuto fieramente e quasi absorto fra gli scogli e fra le onde delle procelle civili. In Milano ei venno elevato alla cattedra stessa di dritto pubblico, ove **Beccaria** aveva insegnato; e **Romagnosi** e **Compagnoni**, chiarissimi nomi, l'ebbero collega nella commessione legislativa per la riforma della procedura penale. Il suo discorso inaugurale per la cattedra, ed il suo progetto ed i motivi del nuovo codice, già messi a stampa nel 1806, rimangono a' posteri qual monumento porenne della sua filantropia e del suo alto sapere.

Tornato in Napoli, ebbe la commession superiore di volgere in italiano il codice civile francese. Ma la tempra del suo ingegno non era fatta per render nostro, parola per parola, un codice straniero. Egli n'emendò qualche parte; e qua rendette chiara e precisa qualche frase oscura od ambigua, là ne aggiunse qualche altra; e per tutto mise la legge in più certa relazione con la nostra antica giurisprudenza e con la sapienza romana. Parve ciò antigallico a chi reggeva allora i destini del regno, e fu sostituita a questa la traduzion letterale fatta in Milano. Nondimeno fu nominato cavaliere, e venne collocato nella commessione preseduta dal ministro **Cianciulli** per la elezione della nuova magistratura, ugualmente che nelle commessioni create per la esecuzione delle leggi abolitrici della feudalità, e per la riforma delle leggi penali. Instituita nel 1808 la corte di cassazione, egli fu il primo che vi fece udir la sua voce in qualità di procurator-generale.

Da questa carica ei venne innalzato al consiglio di stato; e vi sedea presidente della sezione di legislazione, quando il **Re FERDINANDO I**, di gloriosa memoria, ripigliava felicemente le redini dell'intiero avito retaggio. E tosto ei fu chiamato da Bui a prender posto non solo nella commession consultiva ch' ebbe tanta parte nel miglioramento delle nostre leggi, ma anche nella commessione delle grazie, e nella commessione ov' io l'ebbi compagno, formata in agosto 1815 per dare a noi un corpo compiuto di leggi patrie.

Stanco finalmente il cav. **Rafaelli** di tante fatiche, nel 1819 si ritirò volontario fra gli ozii e le dolcezze della vita privata. Egli allora avea già a fianco una giovine sposa, scelta da lui nella stessa sua parentela, e non seconda ad alcuna fra le più virtuose donzelle della sua provincia natale. E per lei era omai lieto di figli pargoletti, a' quali non avendo speranza di essere lungamente di appoggio, voleva almen consegrare le cure degli ultimi anni suoi. E forse, per rinserrarlo così fra le mura domestiche, prevalse ancora in lui il pensiero di dar forma e compimento alla sua *Nomotesia penale*, opera di gran lena, e che tutti raccoglie intorno all'alta materia che tratta, i pensamenti degli antichi e de' moderni, e quel ch' è più i pensamenti ch' ei stesso avea maturati nelle lunghe sue meditazioni, e fra gl'infiniti accidenti onde vide gli uomini e le cose. Ragionar di quest' opera ci menerebbe ora fuori di strada. In Francia **Beniamino Constant**, la *Revista enciclopedica*, gli *Annali di legislazione*, ed in Inghilterra, in Germania, in Italia tutti i giornali letterarii ne han dato sunti, e ne tessono ampissimi encomii. Ma l' autore non vide fatto di pubblica ragione questo specchio dell'operosa sua vita, se non solamente fino al quinto volume. Dalla morte ei fu rapito all' Italia, con lutto straordinario de' buoni, in febbraio del 1826.

Oltre alle opere pubblicate per le stampe, delle quali abbiamo qui fatto alcun cenno, rimangono di lui, presso gli eredi suoi, molti manoscritti preziosi; consultazioni, aringhe, allegazioni, e in qualità di procurator-generale e consigliere di stato dotte requisitorie, eloquenti conclusioni, profondi pareri e progetti di legge; ed anche versi, brani storici, trattati di filosofia. Copiosissima e ricca di notizie importanti per la compilazione delle nuove leggi in Francia, in Milano ed in Napoli, è la sua corrispondenza epistolare: vi figurano i nomi di **Constant**, di **Pastoret**, di **Luosi**, di **Compagnoni**, di **Romagnosi**, di **Gioja**; e di questi ultimi vi ha più lettere intorno alla bella letteratura ed alla poesia, insieme con altre moltissime sullo stesso soggetto di **Vin. Monti** e d'**Ipp. Pindemonti**. Non nominiamo i nostri; poichè non vi era ingegno desideroso di fama, che non amasse consultarlo e far tesoro de' suoi lumi. Facciam voti, che questi monumenti della gloria patria, non che della sua, non rimangano ulteriormente sepolti.

—

rialzare la forza interna tutrice delle leggi, onde metterla poi a paragon di gloria con la forza militare difenditrice del trono. Allora non si temette più di chiamare al timone della cosa pubblica avvocati primarii civili, fra quelli però che discepoli del GENOVESI, aveano professato, non la prepotenza di un privilegio che sterilisce e lascia assiderato quanto non è nel breve suo cerchio, ma i principii più fecondi del dritto universale. Tale fu SAVERIO SIMONETTI, di cui dice il sopra lodato continuatore del GUICCIARDINI, *che procedette tanto consigliatamente in Sicilia col vicerè Caracciolo in abbattere ogni privilegio nocivo all' universale, che quanto di bene vi si fece in quei tempi, da questi due uomini riconoscere si debbe; ma forse ancora più dal Simonetti, che dal Caracciolo; per cui Simonetti fu poi eletto segretario di Stato per la grazia e giustizia*. A SIMONETTI succedette, venuto già all'avvocheria primaria napolitana dalla cattedra di dritto pubblico in Catanzaro, il marchese FRANCESCO MIGLIORINI, vera espressione e quasi parola reale de' suoi tempi, del quale voi, signor PRESIDENTE, onoraste con funebre encomio la morte, ed alla di cui memoria particolar gratitudine me lega: ch' ei diresse i primi miei studii; ei non disdegnò vedermi compagno a' valorosi suoi figli; egli si compiaceva della mia giovine voce, se l'animavan le Muse; egli decise e coronò di vittoria la mia prima causa civile, che cangiò in me le giovanili tendenze, e cominciò a rendermi grati i travagli aspri del fòro.

12. Ma ond'è ch'ora andiam digradando? Ond' è che con passo retrogrado ritorniamo ad una divisione che corrompe e falsifica la giustizia, che alle attuali leggi è contraria, che dal RE stesso espressamente è proscritta? I principii delle nuove leggi penali non sono che la filosofia dell' uomo messa in azione; le leggi civili contengono la determinazione degli atti della vita civile secondo i principii di questa filosofia; le leggi di procedura nell'una e nell'altra amministrazione non sono che la logica pratica medesima, onde con gli stessi principii investigare il vero ne'fatti umani e discuterlo ed affermarlo. E gli alunnati di giurisprudenza, gli esami per le cariche di magistratura, i primi gradi da'quali comincia la piramide giudiziale, vogliono egual perizia nelle leggi civili e penali. I presidenti e procuratori del RE ne'tribunali civili, sono giudici di gran-corti criminali in missione; ed i presidenti e procuratori generali nelle gran-corti criminali sono giudici di gran-corti civili in missione. Come dunque può più sorgere una voce, che cerchi ritenere fra le sole cause civili chi alle prime vi colse alcuna fronda d'alloro, per lasciar padrona un'altra schiera del campo intero della giustizia penale?

13. Non lieve certamente n'è la colpa in quei che contenti a questa gloria nel fòro civile, non vedono intanto, che mancati i privilegi delle persone e de'beni, se mai vien disunita la provincia che hanno scelta, dall'altra che non curano, l'importanza della materia farà in fine questa a quella prevalere: ella è tale, che mentre tutti con mano diurna e notturna avidamente squadernano le orazioni de'nostri antichi in materia criminale, chi è che spenda l'istesso tempo sulle orazioni civili? Ma la colpa maggiore è di voi, giovani avvocati del fòro criminale. Educati nella filosofia del dritto, quanta si spesso innanzi a noi ne mostrate, voi ne vedete più vicina e di più facil gloria l'applicazione alle cause penali. Imperocchè le leggi ne sono ora una manifesta e prossima derivazione; la discussione pubblica è nemica di ogni vil arte; la curiosità e l' interesse ch'ella desta nel pubblico, favorisce l' eloquenza. Nè può tacersi, che dovendo voi per lo più difender l'uomo, sol perchè uomo, e per solo debito di ufizio (tanta è la povertà della più parte degli accusati!), ed occorrendovi ciò non ostante battervi spesso coi potenti, solete trarre da questa ragion generosa più forza e coraggio. Quindi per una ragione contraria a quella de' nostri padri, amate rimanere su questo solo semicerchio dell'arena, e favorite non volendo, e quasi repristinate il pregiudizio della separazione improvvida delle due professioni.

14. Ma v'infingete, o non amate di accorgervi, che riprodotto questo in una professione di morale pubblica e di dritto universale, di cui il germe ha ciascuno nella sua coscienza, è facile che il volgo creda, che chiunque può dir qualche

cosa su'doveri e sulle obbligazioni naturali, può essere *criminalista*, mentre la moltiplicità maggiore degli atti e de'casi nelle controversie civili par ch'esiga più lungo studio, ed esperienza più varia. Quindi le subdole cure e l'opera interessata di que'furbi, da'quali per simiglianza di costumi e d' ingegno è attratta la classe più malnata e cieca de'rei, potranno essere considerate come cure ed opera di *criminalisti;* e costoro esser tenuti in credito, sol che per mostrarsi non inuguali al nome, vadan dicendo attorno, che a fare il *criminalista* basta il sapere dieci o dodici articoletti di leggi penali che trovansi sempre innanzi in quasi tutte le cause, aggiuntavi la gonfiezza vota di qualche frase tecnica, e la superba ostentazione d'un formolario, e la facilità di suggerire alcune malizie del fòro a chi è pur troppo abituato alla malizia de'misfatti. E tosto a costoro potrebbero di leggieri collegarsi que' che privi d'instituzione, come gli antichi scrivani, s' insinuano nelle oficine della giustizia penale e nelle prigioni, e che perciò nella loro ignoranza hanno un interesse di spacciar questa, qual arte che sol si apprende per l' uso, indipendentemente da ogni educazion generosa, indipendentemente dagli studii filosofici, indipendentemente da' principii della materia civile. Nè rimarrebbero indietro gli amanuensi e gli estensori materiali degli atti, e lo sciame impuro de'sicofanti, oscuri raccoglitori di dubbie notizie onde tesserne calunnie, e finalmente gli stessi compilatori de'verbali nella esecuzione dei mandati di giustizia; quasi che il respirare abitualmente le aure, non certo purissime, de'recinti e delle dipendenze d'una corte criminale, vaglia ad informar la mente, anzi le ossa ed i nervi in ciascuno, di tutta la scienza necessaria a sedervi giudice o avvocato. E se per avventura fuor di questi recinti avvenisse, che la turba degli sciocchi, la quale da uno de'nostri classici fu detta *infinita* 1), ciò creda, e reputi sì spregevol genia, benchè inetta ad ogni altro ufizio, abile e dotta in quello ch'essa chiama *mestier criminale*, chi mai in circostanze che potrebbero arriderle favorevoli, chi alla sua ambiziosa improntitudine porrebbe più freno? Allora, o giovani avvocati, allora vedreste, del pregiudizio che avete secondato, gli effetti. Vi sarà forza o andare con vituperio alle turpi arti di costoro, o abbandonare l'onorevol carriera che avete intrapresa.

15. Cessi Dio tanta infamia! Io per me così da questa sedia, come dalla cattedra non mi stancherò mai del gridare ciò che gridan le leggi: una è la professione di giureconsulto: ella è nulla se non abbraccia ne'suoi principii tutta quant'è la sua scienza. Teniamoci fermi a questa verità, la quale toglie di mezzo le basse invidie, e le importune ambizioni, e la fidanza perigliosa degl'ignoranti e de'vili, attaccata alla falsa divisione dell' avvocheria criminale dalla civile. Chi le smembra, le uccide, lasciando preda agl'insetti i più schifosi e venefici, qual informe e mutilato cadavere, il corpo sacro delle leggi, dalla cui integrità la giustizia, o sia la forza il vincolo e la felicità d'ogni stato dipende. Conservatene gelosamente l'unione e la vita. Allora sarà che chiunque non ha la coscienza di possederne intiera la scienza, non potrà invocare gli esempii de'sommi ingegni, che dediti ad una sola parte della profession legale, danno anza agl'inetti di dividere e contristare l' impero di Astrea: allora potrem corrispondere alle benefiche mire del nostro gloriosissimo PRINCIPE; ed allora noi parleremo forse anche di ciò, ma non per cose da deplorare al presente, bensì per fatti antichi che mostrano la felicità alla quale, vostra mercè, sarem giunti: e storici freddi di danni già riparati, non ansii dimostratori di pericoli, non certo senza colpa vostra, gravi ed instanti, ripeteremo con TACITO: *haec atque alia ex veteri memoria petita, quoties res locusque exempla recti aut solatia mali poscet, non absurde memorabimus* 2).

1) Che per certo
Infinita è la schiera degli sciocchi.
PETR. Trionfo del tempo.

2) TAC. Hist. III, 51.

Alla pag. 478 nota 5 abbiamo fatto parola del nostro discorso pronunziato nella trista circostanza della immatura morte della regina MARIA-CRISTINA. *Questo al certo non tratta di proposito alcun oggetto forense. Ma i nostri principii governativi, ma l' indole del nostro popolo, ma il carattere e le virtù del magnanimo nostro* RE, *vi sono espressi. Da ciò dipende l' indole della legi-*

II.

SENTIMENTI DE' POPOLI DELLE DUE SICILIE

PER LA DEFUNTA MARIA-CRISTINA DI SAVOJA, NOSTRA REGINA

DISCORSO 1).

Ut vultus hominum, ita simulacra vultus imbecilla ac mortalia sunt: forma mentis aeterna, quam tenere et exprimere, non per alienam materiam et artem, sed tuis ipse moribus possis.

TAC. Agr. c. 46.

1. Oscure e mute diventate son queste sale consacrate alle Muse. Caduta è la stella, al cui lume le danze oneste e la musica, la scena e la lira, vergognose di servir degeneri al solo diletto, qui si rialzavano al prisco e vero lor fine; togliere alla virtù ogni asprezza, educare gli animi di ogni gentile costume, e senza rallentare la pubblica gioia, darle forma e decoro, spezialmente ne' grandi e più avventurosi avvenimenti. E liete già si volgeano a festeggiare il nascimento felice del sospirato erede del trono, del pronipote di Errico IV e Carlo III, del figlio primogenito de' nostri adorati sovrani FERDINANDO e CRISTINA. Ma questo nascimento costò la vita alla madre. Ecco rivolta in pianto la cetra; e noi, dolentissimi socii, raccolti al tristo ufizio di spargere anche noi qualche fiore sull'urna di Lei, che in mezzo a tanto gaudio, fra tante speranze, in sì giovine età, da fato sì prematuro ci è tolta.

2. Mal però noi potremmo di qui levarci a conforto dell' ingente lutto de'popoli, o tutte narrar le cause, onde tanto di sì tristo tramonto si dolsero le straniere nazioni ed i re: daremo sol qualche sfogo al cuor condenso di affanno. Chè al ragionare convenientemente del comun dolore e di Lei in caso sì miserando, si oppongono ed il nostro stato, e l' oggetto della instituzione di questa illustre società, ed il carattere delle virtù di Lei stessa, sul di cui cenere piangiamo.

3. Quando un sacro oratore sorge fra i riti funebri a celebrar la memoria dei principi buoni, ministro della parola di Dio, ei può agevolmente raggiugner d'un volo la sublimità del soggetto, e aperti i libri santi, rattemperare di religiosi conforti e a maggior meta dirigere il pubblico affanno. Altissimo è il punto dal quale ei parte, la potenza e la bontà di Dio; immenso è il campo che alla sua mente si schiude, il mondo e l'eternità; fecondo d' ogni verità morale è il suo tema, il comun fine degli uomini, l' adeguamento delle nostre disuguaglianze, il commercio e la confederazione di tutti i secoli, di tutti gl' imperi, di tutta l' umanità nella tomba. Ma noi, troviamo forse in noi stessi, o possiamo trarre da una sede di soli trattenimenti geniali, la mission sublime di elevarci sì alto? E non temeremo officio non commesso, toccando l'arca santa con mano profana?

4. Stretto, Accademici, è il nostro campo; e più assai stretto cel rende quella fattura angelica, quell' anima sì in cielo aspettata, a' cui occhi non erano la real nascita e lo scettro, che ombre e nomi; la gloria mondana, un rumor passaggiegiero; e la leggiadria, una perigliosa apparenza. Non vinta mai dalle lusinghe della suprema fortuna, Ella prendea di sua vita da ben più alto la forma. Figlia d' interminata tenerezza, moglie di pudicizia impenetrabile, accinta già, con probità del pari severa, a tutti gli ufizii di madro, e con l' innocenza sempre di fi-

stazione e della giurisprudenza. Non è dunque estraneo ad un'opera qual è la nostra, il riprodurri questo discorso.

1) Dedicato a S. A. R. il PRINCIPE DI SALERNO, e pronunziato nella tornata accademica della società filarmonica, nel dì 19 di marzo 1836.

glia, con la dipendenza affettuosa di moglie, con le cure sollecite di madre, a noi Signora e Regina, tutte queste virtù da un solo fonte derivava, a un solo fine dirigeva, uno n' era lo spirito informatore e vitale, la religione; cui Ella avea fatte ancelle finanche le Muse e le Graz e.

5. Ma spero ch' Ella stessa, che di là forse ne ascolta, non offenderà il suo sereno, se noi, quasi rattenendola di qua del confine ch'ella varcò gloriosa, osiamo far lusinga al nostro desiderio, contemplandola ancora qual quì appariva fra noi. Chè caro debb'esserle tuttavia un soggiorno, scelto dal Cielo all'esercizio delle virtù peregrine, che le ali onde a lui salir le composero, a fianco d' uno sposo, ed in mezzo ad un popolo, ch' Ella rendette tanto, ahi per brev' ora! felici.

6. Se non che nemmeno agevole, o colleghi, è il riferirne a parte a parte tutto il corso mortale, o trovare accenti e colori per ritrarla altrui quasi viva. I simulacri, opera delle belle arti, sono, come i volti ch' esse esprimono, fragili e caduchi: i soli costumi ritraggono la forma eterna della mente. Così Cristina dipinse co' suoi costumi se stessa. Chi potrà dirsi erede di sì alto pennello? Dipingiamo piuttosto noi medesimi; diciamo quai sentimenti Ella ne destò nel corto periodo che l' avemmo; ed insufficienti a descriverla nel pieno suo lume, mostriamone almeno un' immagine riflessa. Non elogio fia questo, nè storia di Lei; l' espressione bensì del nostro desiderio, la storia del nostro cuore. La quale, se non può soddisfare alla pubblica espettazione con ritrarre intera la vita di Lei, e ritrarla limpida e pura com' Ella la corse, anderà almeno, benchè col disordine del dolore, toccandone qua e là il giro, breve, sì, ma per sempre ed in ogni suo punto memorabile.

7. Non erano ancora trascorsi due anni dal dì fortunato che Ferdinando, signor nostro, varcato appena il quarto suo lustro, era asceso sul trono de' suoi avi; e nell' età delle passioni, d' ogni passione intatto o maggiore, non disperdeva fra vane pompe il potere, ma facea sua cura tranquillar le provincie, e conoscerle; crear l' esercito, ed esserne conosciuto; imparare dall' esperienza senile, seguire la virtù degli ottimi, niente appetir per iattanza, niente ricusar per timore, ardente insieme e perseverante in agire. Così giunse in breve a restaurar l' erario, cominciandone l' opera dalle sue privazioni; così ricompose il regno, diè forza alle leggi, restituì la tranquillità e la sicurezza alla cosa pubblica; così le differenze disparvero, la fiducia rinacque, e dal Tronto all' Oreto formavamo già, come intorno al padre comune, una sola famiglia.

8. E pure alla nostra felicità mancava ancor qualche cosa. Tutti il sentivano: ma benchè abituati ad esporre a Lui liberamente i proprii bisogni, questo solo teneasi chiuso nel cuore: imperocchè la confidenza e l'amore nulla menomava di quel rispetto di suddito, che rattenea ciascuno di andargli innanzi in ciò che toccar poteva gli arcani dell' imperio, ed un alto bisogno dello Stato. Come però occultarsene il sentimento al penetrante suo sguardo, in un popolo sì aperto e sì vivo, che anche ove non muove labbro, mostra nella fronte e negli occhi scritte le parole?

9. Il Re è partito, si dice una mattina. Il Re è a Genova, si ode pochi dì appresso: egli è con l'augusta sua zia, nostra principessa: vi è pure la più giovine delle figlie del defunto re Vittorio Emmanuele: il Re è sposo. Oh voti pubblici da Lui ben compresi, anzi presentiti e nell'alta sua mente maturati, e tosto soddisfatti!

10. Tutti allora si affollano intorno a chi più ne sa, per chieder bramosi di Lei. I più lievi d'ingegno faceano le maraviglie di accidentali e troppo noti confronti. Due isole, l'una all'altra rimpetto, le maggiori del patrio Tirreno, superbe del natale de'due sposi: il nascimento dell'uno in Palermo precedere di soli trentaquattro mesi il 14 novembre 1812, quando l'altra in Cagliari apriva gli occhi alla luce: i reali lor genitori, ugualmente per la forza dello stesso nemico, sospinti alle isole da'loro dominii di terraferma, e poi restituiti a questi nel tempo stesso, e per gli stessi grandi movimenti d'Europa: dato a Lei il nome di Cristina, quasi in omaggio all'altra Cristina, principessa nostra, che la presentò al sacro fonte, che l' ha presentata ora al rito nuziale: sangue borbonico ed austriaco nel giovine re; sangue borbonico ed austriaco nell'augusta donzella: chè anch' Ella vanta le

origini dalla grande imperatrice Maria-Teresa e da Leopoldo d'Austria principe italianissimo, e l' ava paterna di Lei era nata di Filippo V re di Spagna, del pari che nacque Carlo III proavo dello sposo, restauratore immortale della monarchia di Ruggiero.

11. Gli uomini saggi però, quelli che in due cuori i quali si legano in compagnia di vita, guardano solamente l'educazione, la religione e il costume, e vi aggiungono ne' principi le nazionali convenienze, mirate là, dicevano a' minori di età, mirate quel tempio, che par richiami a pietà la gioventù che folleggia sulla ridente spiaggia che mena a Mergellina? Ivi, ne' tempi procellosi che sì si addensarono sull' esule stirpe di Emmanuele-Filiberto, ivi il re Carlo-Emmanuele, zio della sposa, con la real consorte Clotilde di Francia, raddolciva negli esercizii della più santa pietà le amarezze della vita. L'uno già, in lasciare la real Torino, vi avea pure, con esempio di continenza cui non ha paro la storia, avea lasciate nelle abbandonate sue stanze le gioie preziose della corona, e tutto il tesoro: l' altra, in concetto di santità, chiudeva gli occhi in Caserta. E dal primo, ed in questa nostra città per l' appunto, il di lui germano, padre della sposa, riceveva poi quella famosa rinunzia (e qui le pagine si aprivano del primo storico de'nostri tempi) quella famosa rinunzia al trono, dettata da « animo sol disioso di vivere da ogni mondana sollecitudine remoto, e che mostrò « al mondo, che se l'ambizione è tormento a se stessa, la moderazione rende « felice l' uomo, così negli alti, che negli umili seggi ». Il nome dunque della città nostra e del regno non ha potuto essere pronunziato mai dalla sposa senza viva commozione: esso giunse la prima volta alla fanciulletta sua mente, fra le soavi immagini delle domestiche virtù, e fra le ricordanze d' un trono.

12. Ma volgetevi, diceva un altro, al Piemonte (e qui mostrava un'altra pagina dello stesso grande storico piemontese); volgetevi al Piemonte, che ancor fa plauso alla gloria militare de' nostri: vedete ivi il padre della sposa, già sì ardente fra le armi, già prode fra i prodi quando era duca d' Aosta, divenuto sul trono il modello de' re religiosi e pacifici: tutto ei riordina in calma: « nè di ciò furono re« conditi i consigli: la giustizia e la man« suetudine gli dieder forza e successo ». Ed egli poscia imitò magnanimo la stessa risoluzione del suo primo fratello: cede la corona al terzo. Questi fu l' altro re religiosissimo, Carlo-Felice, consorte appunto dell' altra nostra Cristina, pronuba del nodo. Nata in sì fausti penetrali, nudrita di sì illustri esempii, in una età, la più idonea mallevadrice di lunghe speranze, non mai straniera di cuore al nostro suolo nè a noi, sì condegna e congrua ad un principe, abborrente, quale il nostro è, d' ogni orgoglio, tal che ad impalmarla, ei va sol conscio di sè, senza regio fasto, senza equipaggi di corte, senza real comitiva; questa è la real donna, cui tanta parte del nostro avvenire è commessa.

13. Ansio già vorrebbe ciascuno vederne i sembianti, e innanzi ch' Ella arrivi, dipinta o incisa conoscerne l' immagine. Vano desiderio. Alcuni ne sorridono, ripetendo la sentenza di Tucidide, che tanto è più ammirabile la donna, quanto men si lascia vedere, e non lascia parlare di sè.

14. Altri però con maggior senno ripiglia, comentando Gorgia e Plutarco, che il volto sì, non la fama delle donne bennate vuol essere ignota; e si fa organo di quella, che fin dal chiuso delle materne sue stanze, albergo dell' innocenza e della verecondia, era uscita pel mondo, altissima rinomanza, la quale a tanti principi fece ambir la sua mano, e che nella espertezza e facilità ad ogni bel lavoro a Pallade caro, additava Lei già maggiore a qualunque altra più gentil del suo sesso, e la pareggiava a' migliori dell' altro per l' applicazione assidua in coltivar la sua mente. Nè mancava chi conoscesse, aver Ella prescelti a maestri degli arcani della natura, i volumi eloquenti del Poli; nè solo perchè scritti con quell' entusiasmo religioso che innalza al cielo ogni scienza, ma forse anche per quella dolce propensione, che sostenuta dalle sue prime e più instruttive rimembranze, sì la piegava per noi, e verso le nostre cose ed i nostri scrittori. Certo è che le belle arti e le scienze, ed anche la più estesa conoscenza delle lingue e de' costumi dei popoli, acquistata poscia da Lei nel seguire la real madre in molti viaggi, se giovarono in alcune al doppio interesse di

estendere e conservare il loro impero, a Lei serviron soltanto per rendersi degna del suo alto destino, e frenare il sentimento, ond' ei non trascorra, siccome è facile in donna, innanzi al pensiero. Quindi, benchè nata al trono, non udita mai prevenire co' suoi desiderii le cure dell' altro sesso, non che quelle de're: quindi, benchè dotata della più tenera tempra, veduta sempre maggiore de' colpi di fortuna, e rassegnata al Cielo, particolarmente nelle due sciagure, ultime di sua vita, ma per Lei più gravi di ogni altra, la morte dei suoi genitori: quindi, benchè fra gli agi e lo splendore reale, contenta più di soffrire, che di dispiacere, virtuosa senza sforzo, pudica senza interno contrasto: tutto abitudine di fanciullezza, opera felice dell' esempio, senno di educatrice esperienza, persuasione di vera filosofia, miracolo della religione. Ecco vi i lineamenti di Lei, che il Cielo vi diede. – Ma ohimè! « Ben ce la diede, ma tosto la ritolse ». E qual memoria potrò io richiamarvi al pensiero, la quale non s' intorbidi e non si annegri all' idea, ch' Ella è sparita per sempre, che vedovo è il Re, e che sconsolati, invano noi guardiamo pur dietro, nel tempo che tornar non può mai? Proseguirò nonpertanto, facendo come colui che piange e dice.

15. Fra questi pensieri, fra tanti presagi di una felicità durevole, e presagi ahi troppo fallaci! Ella veleggiava ver noi. Venne; e fu maggiore della fama. Pia ed umile, quanto Clotilde; ma in una età, con una sembianza, che ne rendeva il prezzo maggiore. Ingente d' animo e del real seggio e quasi di sè spezzatrice, al pari di Carlo-Emmanuele suo zio, al pari di Vittorio-Emmanuele suo padre; ma tanto più degna di gloria, quanto più fragile il sesso, e quanto più malagevole in tempi di prosperità e di pace è il temperar gli affetti nel sommo potere. Tutte le virtù che possono far illustre un' anima reale, parevano in Lei raccolte e trasformate in quell'una, che si la rendette venerabile e cara ad un tempo; in quella che ritenendo la grandezza e la dignità tutta del grado, la mostrò sì modesta nella reggia, sì pietosa verso i sudditi, sì mansueta con tutti; in quella, che sembra il velo, ed è la perfezione ed il compimento di tutte le virtù, la moderazione nella suprema fortuna. Eccola far pago ognuno di liete accoglienze e di oneste parole, e quale è più da fortuna travagliato, come aura del mattino, ristorar generosa col suo soffio di vita. Eccola, senza attender pregio, prevenir da sè sola la virtù sventurata, ed anche la nobiltà de'natali oscurata dalla povertà e di sè vergognosa, ed andar loro innanzi, non pur soccorrevole, ma sì facile e spontanea, che ad esse i suoi benefizii vengono, come a terre abbandonate e intristite inaspettata rugiada. Eccola al suo sposo, come il bel pianeta che ad amare conforta, lieta ognor più che d'altro, ch'egli è sì amato da'sudditi; e là dov'ei si chiude a consiglio, per compiere il più terribile dovere dei re, dettar leggi e render giustizia, accompagnarlo talora fin presso alla soglia, e lasciarvelo umida gli occhi ma di quella lagrima che tremola in un bel ciglio, sa avvertir chi ben sente, che vi ha degl' infelici. Oh quante volte per tutto il corso del sovrano congresso, fu vista appiè dell'altare implorar Colui che illumina i re! quante volte affrettar di sua voce i nunzii delle grazie, le quali sotto lo scettro paterno di Ferdinando spargono sì sovente di benedizioni e di fiori le vie aspre di Astrea, affrettare questi nunzii Ella stessa, perchè tardi e vani non giungessero a distornare il fatal colpo da teste condannate! quante volte rallegrarsi e benedire il suo nodo, perchè gl' interpetri fidi del voler del suo sposo, fin da'primi dì del suo regno, tennero il freno della legge sempre leggiero o quasi insensibilmente sospeso sulla testa del cittadino, ed intesi più ad osservar prudenti, che ad agire inquieti, lasciarono respirare i popoli nella mutua fiducia e nella pace!

16. Così mentr' Ella per educazione e per indole era tutta lontana dall'intramettersi fra i pensieri del regno, nel cuor dello sposo, ch'era già fatto col suo cuore un sol cuore. Ella era diventata come il sorriso, come la voluttà della bontà soddisfatta. Premio, a lui, ed eccitamento ognor crescente di virtù generosa, là solo, dove a'particolari affanni de'sudditi non può, senza turbarsi l'equilibrio dell' universale, giugner l'erario e la munificenza de're, là solo Ella era regina; ed apriva ad ogni classe di bisognosi le sue

arche; non mai sì contenta, che quando sovveniva l'indigenza; solamente dogliosa nel suo segreto, ch' esse non bastassero a tutti. Nel suo segreto, io diceva. poichè di nulla sì disdegnosa Ella era, quanto di trarne gloria Il colpo che ruppe il filo d'una vita sì bella, questo colpo, ahi! fu quello che ruppe anco il varco a' sospiri, i quali soli hanno svelato al mondo la frequenza, l' opportunità, l'importanza de' doni, nascosti sempre per lo innanzi con un bel tacere, o accompagnati da real divieto di scuoprirne la mano.

17. Le quali particolari beneficenze, com'oro finissimo che chiude splendida gemma, metton oggi nel proprio lor lume quelle che sono d' indole più generale, e direi quasi, più regia. La conoscenza che hanno altre donne delle forze motrici e degl'instrumenti delle manifatture e delle arti, alimento e misura della civiltà delle nazioni, non giova ad esse sovente, che alla scelta dei fregi onde adornar la bellezza: in Lei divenne l' an ma e lo stimolo del più antico e più bel ramo dell' industria nazionale. Il piacere ond'Ella frequentava Caserta, non nasceva già da' boschetti o dalle acque, nè da quei miracoli d' arte che farebbero gloria a' Romani: ivi Ella co' suoi consigli e co' precetti inanimiva; ivi con nuove e più ingegnose macchine perfezionava; di là, in questa capitale, centro d' ogni nostro commercio, ed in loco da Lei magnificamente ornato, trasmetter faceva i lavori serici di S. Leucio: colonia, unica per la sua instituzione, ed al cui nome sono associati insieme il nome e la gloria giovenile di un Re Borbonico, ed il nome e la gloria giovenile del primo pubblicista nostro e d' Italia.

18. Nè sì dolci, nè sì utili virtù eran le sole: perciocchè quelle di più abbagliante splendore, quelle le quali sole il volgo chiama reali, e che sono all' uopo pur troppo necessarie alle persone reali, se uniche in altre regine formaron ogni lor gloria, non erano a Lei straniere, ma rendute amabili dalla soavità del costume. E ben tutte le vidi io medesimo affacciarsele in volto, e sforzare ogni ciglio a chinarsi riverente, quand' Ella, ahi sono appena due mesi! quand' Ella nel fulgido mattino del dì natale del Re, alta il real soglio premendo, e Lui alla sua destra sogguardando giuliva, circondata di quanto ha di più nobile, di quanto ha di più magnifico la città e la corte, fra l' ammirazione e il rispetto di Europa tutta quivi rappresentata da'suoi illustri oratori, gemmata il crine ed il manto, raggiante di bellezza, di gioventù, di salute, porgea benigna al nostro omaggio la mano. Pochi altri giorni, e non più! L' accompagnammo al sepolcro.

19. Oh trentunesimo dì di gennaio, giorno funestissimo! Tutta la città era in gioia per la nascita del real Infante; un popolo festivissimo d' indole, quasi folle d' allegrezza ad avvenimento sì lieto; le feste baccanali, impulso maggiore, e creatrici feconde, fra immaginazioni tanto vive, di nuove e bizzarre forme a sì gran movimento: e niuno, ahimè! prevedeva, niuno avvertiva la nube grave di folgori, che negra già pendea sulla reggia. Ahi! scoppiò questa, e la bella spoglia lasciò senza vita.

20. Muse, celesti Muse, non invocate invano dal grand' epico nostro concittadino, voi sole qui descriver potreste la forza religiosa e magnanima, ond'ella sostenne la vista della grandezza suprema del mondo, svanire a sè innanzi: voi, quelle braccia abbandonate alla morte, cui la vita non più, ma l' amor materno sostenta, stendersi per l' estrema flata al caro pargoletto, ch' Ella lascia per sempre, prima ancora ch' ei cominci dal riso a conoscer la madre, ed al Re, ed al padre, ahi non più sposo! metterlo in braccio: voi quegli occhi omai spenti, nido natlo della onestà e delle grazie, rianimarsi all' ultimo add o, e con l' ultimo sguardo trapassar Lui fin nel mezzo dell' anima, e depositarvi gli ultimi suoi desiderii.

21. E tutti il Re li fè suoi. Innanzi che la mortal salma sia ritolta a' suoi fidi, e commessa eternalmente alla guardia universal della Croce, già le instituzioni generose, ch' Ella avea concepite per proteggere l' orfanezza e il pudore dalle insidie del vizio in fortuna, erano state da Lui mandate ad effetto. Cupo intanto regna per tutto un silenzio di morte, se non che, a lenti intervalli, rotto da uno strido, da un gemito angoscioso e universale, ad ogni colpo de' bronzi funerei, ultimi onori ad una maestà che tramonta; la città come percossa da uno di quei flagelli, che Dio manda nell' ira a spaven-

tare le nazioni; il cielo stesso, questo nostro cielo, velato all' intorno ed involto, senza vento, senza pioggia, di quando in quando allungar l'atre sue falde, e tinger greve, anzichè innaffiare la terra: abbandonati i mestieri; atterrito il popolo; stupefatto, ed errante senza saper dove, e sempre, e quasi involontariamente, risospinto alla strada maggior che vien dalla reggia. — Qui, or ora! ma oh quale la rivedremo! oh quanto cangiata da quella, che in abito schietto, su cocchio semplicissimo, come semplice e schietta era la sua anima, si mostrò qui tante volte, non mai divisa dal suo sposo, con quella sembianza eterea, con quel sorriso celeste, promettitore e garante del voler certo, e della cura unanime di due al bene di tutti. E quanto, ahimè! diversa da quella, che pria del tempo la figuravamo in pensiero, uscita da puerperio felice, lieta col figlio sulle braccia, fra i plausi popolari, in tutta la pompa de're, al maggior tempio avviarsi, per render grazie all' Altissimo! — Ma un subito arretrarsi di tutti, un ululato, un compianto, funestamente in un attimo da ogni angolo della città ripercosso, annunzia già sottentrata a immaginazioni sì triste una realità spaventevole: il carro funereo si avanza. Oh trentunesimo dì di gennaio, giorno funestissimo! giorno che non tramontò più mai al nostro cuor doloroso! il solo di tutti i passi sì fuggitivi del tempo, il solo che qui restò immobile, con tutto il peso del suo sbigottimento e terrore!

22. Socii rispettabili! Che più dirò io? In qual pensiero avverrà che l'anima respiri? Esclamerò forse col poeta, che Dio per solo uso suo la creò santa? Ah! non fia ch' io mi dolga della provvidenza divina con ignavi lamenti. Non ne compì Ella pienamente il disegno, col suscitar nuovo germe dal sangue de'Borboni? Non ci diè forse, quant' altra mai in vita secolare, non tutti forse Ella ci diede gli esempii, atti a restaurare il pubblico ed il privato costume? Piangeranno Cristina anco i più lontani e gl' ignoti: noi l'ubbidiremo regina. Nostro è il raffermare, nella contemplazione delle sue virtù, l'animo a costanza, e circondare di nostra fede il sacro pegno che di sue nozze ne lascia. Questo è il mandato estremo, scritto a caratteri eterni sulla sua tomba.

—

III.

DEL CORAGGIO CIVILE

DISCORSO 1)

Libemus Jovi liberatori: ceterum in ea tempora nati sumus, quibus firmare animum expediat constantibus exemplis. — Tac. Ann. XVI, 35.

1. Volgendo il mio sguardo all' intorno, quanti seggi, in questa prima vostra riunion solenne dell' anno, qui vòti io ritrovo! quanti occhi invano ricerco, dalla espression de'quali io soleva, in mezzo allo stesso fugace corso del dire, prender norma e consiglio! Funesto per calamità pubblica è stato l'anno or trascorso; funestissimo per averci rapito non pochi colleghi. Da quali accenti dunque prenderò cominciamento, se non da quei del dolore? L' ordine il più conforme a sì fatte circostanze, in un discorso inteso a legare l' esercizio della nostra carica tra l'anno che cadde e questo che sorge, è invertir l'ordine che il regolamento prescrive, e parlar prima di coloro che ci mancano, poi de'nostri doveri.

2. E mi sia concesso deplorare innanzi a tutto la perdita sofferta dal pubblico ministero, cui ho l'onore di appartenere, e in di cui nome io ragiono. Noi non vi contiamo più quel Francesco-Antonio Roberti, che fino a qualche anno fa con le sue assidue fatiche ce ne alleggeriva il peso, e che anche affievolito da

1) Pronunziato all' udienza della corte suprema di giustizia a camere riunite, nel dì 8 di gennaio 1838, giorno dell'aprimento dell'anno giudiziario.— V. la nota 1 al n. 1, pag. 315.

una di quelle lunghe infermità, frutto non raro d'una vita di meditazione e di studii severi, ne accrescea la dignità col suo nome, col buon volere, con la stessa religiosa sofferenza de' mali. Ah! che voi nelle vostre deliberazioni non udirete più quella voce, organo sempre vivo della sapienza di coloro, che Modestino chiamava corifei del drillo antico e della romana prudenza: ed io, abituato già a quegl' intimi colloquii de'quali ei meco più che con altri godeva, non ho più nell' amico il conforto delle rimembranze scambievoli, di esserci sortita nello stesso giorno del 1808 e per la stessa provincia della Campagna-felice, la prima missione di entrambi al pubblico ministero, e di aver egli dopo lungo corso di splendida magistratura nella capitale, raggiunto nel 1824 il grado di avvocato-generale dal quale io era uscito poc'anzi, e di avermivi in fino riabbracciato compagno. Il fòro poi questo nobil fòro napolitano, nelle sue disputazioni di drillo non trae più ammaestramento da quelle sì dotte conclusioni, che davan fede alla forza potente de' responsi degli antichi giureconsulti sulle menti degli uomini: fortunato però, che gli rimangono i suoi scritti, testimoni perenni del suo vasto sapere. Imperocchè fin dal 1788, toccati appena i venti anni, col suo trattato *Della legge regia di Triboniano*, egli già dava al pubblico

Frutto senile in su giovenil fiore:

e diventato poi chiaro nell'avvocheria, raccoglieva nel 1804 e pubblicava le ultime *Decisioni del Sacro-regio-consiglio*, mostrando agli spregiatori d'ogni virtù cittadina, come ancora quell' Illustre consesso non mai degenere dalla sua origine, corrispondeva sempre alla prima sua fama: in seguito, già presidente del tribunal civile di Napoli, delineava la storia, ed inspirava ne' cuori giovenili la filosofia del processo civile: quindi, sostituito-procuratore-generale del Re presso la gran-corte civile, comentava la legge organica delle nostre giurisdizioni: per ultimo, imitando Servio Supplizio, *non ad litium actiones instituendas, quam ad controversia tollendas*, ne diè, qual suo testamento, il libro eruditissimo, *Delle azioni e delle eccezioni secondo i principii delle leggi civili*. Ma tante fatiche gli han consumato prima della vecchiezza, la vita. Questa però, come dello stesso Sulpizio disse Cicerone in senato, *multis erit praeclarisque monumentis ad omnem memoriam commendata; semperque illius gravitatem, constantiam, fidem, praestantemque in iure prudentiam, omnium mortalium fama celebrabit.*

3. Più luttuoso riuscì a noi il suo fato, perchè ei ridestò il cordoglio di tre altre perdite avvenute precedentemente nel nostro collegio. La prima fu quella del cavaliere D. Domenico Monaco, morte quanto meno matura, tanto più sentita da tutti.—E da me più che da ogni altro: chè io mel vidi spirar fra le braccia; ed ai moti estremi di quegli occhi che si chiudean per sempre alla luce, tristissimo in me si rieccitavano le memorie, che fino a tanto ch'ei non sedette fra noi, la carriera della sua magistratura, e quando cominciò nel 1812 con la carica di giudice criminale, e quando in seguito, ora qual presidente, ora qual procurator-generale del Re, regolò la giustizia penale, e quando in fino ascese al grado di consigliere e procurator-generale presso la gran-corte civile, tutta fu percorsa da lui negli Abruzzi ove io ebbi la cuna. La mia patria dato gli aveva tra le sue più bennate donzelle una sposa virtuosissima; negli Abruzzi egli fu di bella prole arricchito; e là dove aperse il cuore alle prime dolcezze di marito o di padre, là in tutte le circostanze di pubblica ansietà, si mostrò magistrato e cittadino. Nè fra quei monti asilo della prisca fede, sorge città o villaggio, che della sua sollecitudine per la pubblica pace non serbi alcun vestigio; nè fra quei cuori, fatti dalla natura per l' ospitalità, per l' amicizia, per tutte le virtù civili, vi ha un solo che non palpiti ancora di riconoscente affetto al suo nome.

4. Lo seguì indi a poco il cavaliere D. Pasquale Calenda. Ben di lui possiam dire, che fin da'primi suoi anni, maturo di riflessione, saggiamente lento in ogni deliberazione, diligente avvocato, tutore vigilantissimo di molti di quegli stabilimenti di pubblica beneficenza, che onorano tanto la carità patria degli avi, con la dolcezza del costume, con la semplicità dei modi, acquistò sugli spiriti quel naturale impero, che molto più rispettabile dell'influenza che soglion dare le cariche, è

la cagion prima e più cara, che tutti ha forzato gli animi ad onorarne lungamente il tramonto con pubblico lutto. Le sue parole tanto più ricche di buon senso, quanto men ricercate e pompose, chiara ritraevano la purità del suo cuore, e la limpidezza della sua ragione. Modello di modestia e di temperanza civile, e perciò sempre uguale a se stesso, nelle cariche minori di giudice e vice-presidente del tribunale di prima istanza, ove il tempo a fronte del numero degli affari è a tutti sì scarso, spiegò sempre quella prudenza di consigli, degna della posatezza di una corte inappellabile; e giudice e procurator-generale del Re nella gran-corte civile, non fè mai desiderare in lui quel tatto pronto e sicuro, che non traviato da vane sottigliezze, forma il carattere del vero giureconsulto. Tredici anni ha poi giudicato con voi; sempre amico più che collega, e d' ogni contraddizione altrui sofferente, senza offender mai la costanza dei suoi principii, nè la sincerità della sua propria coscienza; sempre franco ed ingenuo cogli avvocati e con le parti, senza mai disgradare la gravità degli anni e della carica; sempre forte nella linea del retto, senza mai pretermettere quel decoro, quella continenza, quell'affabilità, forma certa d' un' anima gentile, nè quella moderazione di vie conciliative, che fa giungere, anche a chi men la vuole, rispettata almeno, se non gradita la stessa giustizia.

5. Ultimo dài materia al doloroso mio dire, o **Francesco Palomba**, amico dell'età mia prima, e non inefficace confortator mio a' primi studii, e a tutte le nobili arti nel sentier dell' onore. Vittima del morbo asiatico che per tanti mesi desolò le nostre belle contrade, cinque de' suoi più cari egli avea veduto prima cadersi all'intorno. E benchè tenero più ch' altri mai agli affetti di genero, di cognato, di fratello, pure, raccolte allora tutte le sue virtù in un punto, le mise in guardia al suo cuore, e premendo il suo affanno, nemmeno un giorno solo privò le vostre discussioni di sè, costante ne' suoi doveri, forte dell' esempio magnanimo del Re N. S. Per dar di lui epilogata in brevi tratti l' immagine, basti rammentare, che gli aspri studii della giurisprudenza non potettero mai inaridire in lui i fonti delle conoscenze gentili, delle quali ci si nudrì giovinetto. Lingue straniere, familiari al suo labbro come la propria, lo aveano renduto ne' giovenili suoi viaggi d' instruzione accetto alle altre nazioni; tal che tornatone adorno di quanto concerne la storia e la scienza delle relazioni commerciali di Europa, fu nel 1806 destinato consigliere-segretario in quel nostro antico *Magistrato-supremo del commercio*, altiero ancora, che venti anni innanzi vi rifulse con la stessa carica quel sì felice ingegno, profondo insieme e amenissimo, il quale sulla Francia maravigliata, coi suoi *dialoghi sul commercio de' grani*, derivò dal Sebeto uno de'più fecondi rivi dell' arte di stato 1). Di là il **Palomba** fu

1) L' abate Ferdinando Galiani fin dal 1759, nel XXXI suo anno, venne inviato in Francia segretario d'ambasciata. Ne fu richiamato nel 1769, per venire a sedere consigliere e segretario nel *Supremo magistrato di commercio*, carica che nel dì 30 di ottobre 1787 lasciò con la vita. Onorato in Parigi da tutti gli uomini di lettere di quel tempo, in partirne lasciò a Diderot i suoi *Dialogues sur le commerce des blés*, opera la quale destò tanto rumore, che per multi anni occupò, *pro et contra*, le penne di tutti gli economisti di Europa. Voltaire ne scrisse: *L'abbé* Galiani, *napolitain, réjouit la nation française sur l' exportation des blés; il trouva le secret de faire, même en français, des dialogues aussi amusants qui nos meilleurs romans, et aussi instructifs que nos meilleurs livres sérieux . . . . Il me semble que Platon et Molière se soient réunis pour composer cet ouvrage*. Galiani in Francia scuoprì un antico correttissimo manoscritto delle costituzioni del nostro Federico, con la traduzione in greco, e le inviò a Tanucci, che d'ordine del Re le fece così stampare con gran lusso tipografico nella stamperia reale. Nel 1766 tornato in Napoli con congedo, vi fu trattenuto per commessioni importantissime relative alla nostra economia pubblica, alle quali egli soddisfece, avendo per collega Antonio Genovesi. Consigliere e segretario del magistrato di commercio, carica a cui poscia si aggiunsero le altre, e di membro della *giunta degli allodiali*, o di assessore del *supremo consiglio di finanza*, fu l'anima di tutte le riforme, di tutti i consigli finanzieri di quel tempo. Egli promosse e diresse la nuova carta topografica del regno commessa a Rizzi-Zannoni; ed oltre a ciò gli scavi, le antichità, i teatri. I classici antichi, e particolarmente Orazio occupavano quotidianamente le sue cure. E tra sì gravi occupazioni scriveva canzonette ed epigrammi, ed era sì fecondo di motti arguti e piccantissime facezie, che fino alla sua morte fu la delizia di tutte le società. La marchese di Choiseul solea dire di lui: in Francia *il y a de l'esprit* in monete minute, ma di Napoli con questo picciolo abate ci viene in verghe (*en lingot*).

innalzato a giudice, e poi a vice-presidente nella gran-corte civile di Napoli. E chi obblierà mai l' urbanità squisita ond'egli abbelliva l'esercizio della carica? Egli imprimeva agli atti della più severa giustizia una fisonomia soave, e tutta sua propria; e la sua nobile e ben composta persona parea che trasportasse seco la sede della dign tà e dell' autorità riunite, non solo alle pubbliche udienze quando reggeva, pronunziava, comandava, ma dovunque, non tanto per cedere a' vecchi nostri usi, quanto per amore d' instruirsi più compiutamente delle cause, non obbligato da alcuna legge, prestava facile nelle ore vespertine agli avvocati l'orecchio. Noi non lo avemmo qui che per poco; e quanto avemmo di lui, tutto omai è ridotto alla sola speranza di vederlo rivivere in un figlio, cui nulla possiam di meglio augurare, che di saper sostenere il peso, grave sì, ma glorioso della paterna riputazione, onde aggiungervi in fine, non discorde da essa, la propria 1).

1) La magistratura fu funestata nel 1837 dalla morte di molti che la decoravano. Tra gli altri perirono in Santama ia di Capua il presidente della gran-corte criminale cav. *Vespasiano Oliva*, ed il vice-presidente *Stefano Albanese*. Del primo fu tessuto l' elogio funebre dal ch. procurator-generale del Re, *Niccola Armellini*. Pel secondo dettammo noi un cenno biografico, il quale al pari de' nostri altri per *Petroni* e per *Rafaelli*, sono s ati scritti nel disegno di adombrarvi la storia del nostro fòro Esso è il segnente:

Ariano, nobile città del Principato-ulteriore, lascia dubbiosi alcuni se sia l'antica Equotutico degl' Irpini, o sia d' altra men alta origine : non è dubbio però che fu sempre feconda di uomini illustri nelle scienze, nella letteratura, in tutte le arti utili alla vita civile. Il Vitale ne ha tessuto lungo e glorioso catalogo. Noi nel deplorare il recente caso di Stefano Albanese che quivi pure aprì gli occhi alla luce, ci arresteremo a quest'uno.

Nella famiglia di lui la scienza del dritto è domestico retaggio. Domenico Albanese, suo zio, è diventato col *Prontuario di tutte le opere di Cuiacio* l' autore e la guida di chiunque intenda non ismarrirsi nel multiplice ed immenso corso segnato da questo principe de' moderni giureconsulti. E chi può mai aspirare al nome di giureconsulto senza Cuiacio? La costui gloria è già congiunta a quella dell' Albanese : tanta profondità, tanta chiarezza, tanta luce di ordine è in questo *Prontuario*. Un anno innanzi alla pubblicazione di sì grand'opera in Napoli, nel 1762, nacque Stefano. Il zio però gli sopravvisse assai poco.

I primi anni di Stefano ed i primi suoi studii furono quali a diligente educazione religiosa e letteraria corrispondono. La fama ognor crescente del zio gli era di vivo stimolo, e le opere di lui furon atte, più che i maestri, ad ordinare nella giovanile sua mente le moltiplici dottrine, alle quali la giurisprudenza si lega. *Flavio Pirelli*, altro suo conterraneo, ma di età molto maggiore, educato già nella scuola e dalla voce di Domenico, lo confortò a venire in Napoli; e per dare compimento agli studii di sì ben avviato giovane, egli qui lo diè in cura a Mangieri, famoso professore di dritto e scolare anch'egli dello zio. Le conferenze si facevano in casa Pirelli. Così la disuguaglianza degli anni tra Pirelli ed Albanese fu adeguata dagli studii comuni, e dall' amicizia che durò salda fra essi fino alla morte del più vecchio de' due.

Straniero nella sua patria, per non dir cosa più grave, dev'esser colui che fra noi ignora il nome di Flavio Pirelli. Avvocato d' alto grido, e più rispettato per l'integrità del costume e per la costanza ed umanità de' principii, giunse fino al grado di consigliere del Sacro-regio-consiglio e di consigliere e fiscale del Supremo Magistrato di Commercio. Della fermezza e dello zelo del Pirelli in ogni arduo o delicato incarico non languirà mai la memoria: egli valeasi di Albanese come d'un utile collaboratore. Amico prima e protettore di lui, ne divenne in seguito cliente. Sì bel cambio di uffizii generosi e tanta stabilità di amicizia in ogni fortuna, mostrano abbastanza la simiglianza d'animo ne' due. La pubblica stima di cui l'un nome sarà sempre onorato, rifluisce tutta sull'altro.

Intanto fin dal 1785 Stefano sedeva già non ultimo fra gli avvocati del fòro napolitano. La legge che degli avvocati formò un ordine ed un ampio collegio con regole stabilite e con un *albo* pubblico, fu del 1784; ed egli *del bel numer* uno. Non poche sono le allegazioni civili, ma ridondanti dei principii di tutta la scienza legale, che furono da lui messe in istampa sopra quistioni gravissime di dritto. Se non che le fatiche maggiori si conservano da' figli manoscritte.

Dopo venticinque anni di onorata professione, nel 1808 fu chiamato alla magistratura. Giudice criminale prima in Lecce, poi in Lucera con l'incarico di sostenervi le parti del pubblico ministero, in ultimo nel dì 2 di febbraio 1815, fu nominato presidente della corte criminale in Molise. E tale fu la opinione in cui l'ebbe Ferdinando I di gloriosa ricordanza, che al cessare di tutte le autorità giudiziali nel 1817 per dar luogo al nuovo ordinamento della magistratura, Stefano Albanese venne creato presidente della commessione temporanea instituita per la spedizione di tutti gli affari urgenti della provincia. Nel corso di un incarico di sì alta fiducia ei fu nominato giudice di gran-corte civile in missione di presidente della gran-corte criminale della stessa provincia, donde passò in quella di Trani. Ma egli avea bisogno di esser vicino alla sua famiglia in Napoli, la quale per motivi di salute non potea seguirlo sì lunge. Così nel 1830 si degnò il Re traslocarlo in Santamaria di Capua. Ma perchè la presidenza delle due camere non vi era vacante, aderì benignamente alla sua domanda di fargli occupar la sede di vice-presidente, cogli onori però e co' soldi stessi co' quali veniva.

In luglio 1837 fu Santamaria attaccata dal morbo stesso che desolava Napoli. Tra i primi che ne

6. Ed ecco, MIEI RISPETTABILI COLLEGHI, eccomi al termine del penoso incarico di parlare de' nostri trapassati. La vita degli estinti nella memoria dei vivi è riposta. Voi però con le virtù vostre ne perpetuate la gloria. Il secondo oggetto di questi annui discorsi, è di render conto di quanto ne' collegii giudiziarii si è fatto nell'anno precedente. E non ha forse ammirato il pubblico, non ha encomiato il governo, che in mezzo a' pubblici affanni, nè il domestico lutto, di cui tanti di voi, e lo stesso illustre capo del pubblico ministero, ed entrambi noi avvocati-generali superstiti, siamo stati colpiti, nè il sentirsi in se stesso, or l'uno or l'altro di voi, fin nelle intime viscere l'azion nemica del morbo, nè il vostro numero, per le infermità e per la morte de' colleghi ridotto spesso a scarsissimo, hanno potuto rallentar mai il vostro zelo, nè arrestare il corso della giustizia, nè diminuire il risultamento ordinario delle vostre fatiche? La camera criminale non lascia alle discussioni dell' anno nuovo, che le sole cause sopravvenute nelle ultime settimane di dicembre: la camera civile non fa desiderar più di quello, che già il degno procurator-generale del Re dimostrò all'ingresso dello scorso anno derivare necessariamente non dalle persone, ma dalle cose. Difficilissime e splendide quistioni di dritto sono state da voi nel medesimo tempo risolute, e già la vostra giurisprudenza non pur si mantiene nell' antico possesso della gloria della real camera cui siete succeduti, ma acquista augumento di luce e di autorità ogni giorno. Che dunque a dir mi rimane? In che spenderò l' ultima parte del mio dire, la quale avrebbe dovuto esser la prima, intorno ai mezzi onde progredire nella via del dovere?

7. Il passato è scuola dell' avvenire.

venner percossi, fu il degno presidente della gran-corte, nel quale però esso degenerò tosto in infermità più lunga e non meno ferale. Stefano Albanese dovea far le sue veci; ma fin dal principio egli sentiva anche in sè tutti i forieri del morbo dominante. Ciò non pertanto, fortissimo di complessione, e di verde e viva vecchiezza, niuna considerazione valse a trattenerlo un momento e distrarlo dal suo ufizio. Egli vi si rendette costantemente ogni giorno; e benchè astretto spesso dagl'interni annunzii del male ad interrompere d'improvviso le pubbliche discussioni, sprezzò con quella sua naturale giovialità, ricca di motti pronti ed arguti, e delle più gravi occupazioni rallegratrice, sprezzò quei sintomi i quali non erano più dubbii al veder tanti che con gli stessi segni al principio, estinti in un subito gli cadevano all'intorno. *Il mio giuramento*, ei diceva, *è di servire il* RE *fino a tanto che posso; ciò finora non me l'impedisce.* — Il pubblico l'ammirava, e ne tremava. Venne finalmente il dì 21 luglie il malo allora gli si manifestò tutto intero, e con tutt'i tormenti, con tutti gli strazii della spaventevole sua possa.

Egli vide d'appresso la sua ora estrema; nè si turbò; ma si volse sereno ai conforti della Religione; raccomandò sè a DIO, e raccomandò la sua famiglia alla generosità del RE, che col suo altissimo esempio gli aveva in cuor confermata sì nobile fortezza d'animo. — Prevenne di otto sole ore la morte del presidente.

Così moriva nel suo anno sessantesimoquinto Stefano Albanese, cui il vigor del corpo e la lucidezza della mente promettevano giorni più lunghi. Affabile con dignità, pronto nel concepire, quanto profondo nel meditare, strettissimo dialettico, facile e corretto nello scrivere e nel dire, conoscitor sagace del cuore umano, e perciò acutissimo investigatore de' reati nelle istruzioni criminali, e prudente regolatore delle pubbliche discussioni, lettore infine sì infaticabile, e sì chiaro e tenace di memoria, che niuna più minuta circostanza di fatto nelle più voluminose ed intrigate processure, niun cenno o varietà de' testimoni, niuna eccezione delle parti, niun luogo di legge civile o penale, niuna opinione di giureconsulto, niuna regola di giurisprudenza gli sfuggiron mai nel decidere le cause e compilarne le decisioni. Nemico di distrazioni rumorose, faceva suo solo divertimento e sollievo il riandare i tempi antichi della sua avvocheria e la storia degli usi e degli uomini del vecchio fòro: amava di cuore gli avvocati e n'era riamato, considerandoli, qual parte integrante dell'amministrazione della giustizia, coadiuvatori suoi e compagni, ciascuno per la parte che ne' giudizii data gli è dalla legge; caro a' colleghi, venerato dal pubblico, chiudeva gli occhi sì povero, che dopo ventinove anni di magistratura, nulla lasciava a' suoi figliuoli, fuor che l'esempio delle sue virtù ed i suoi scritti, tutto il frutto de' venticinque anni della sua prima professione era stato consumato pei viaggi di provincia in provincia, e per la necessità di mantenere due case. Lieto però e contento in tutta la sua vita, perchè sempre lontano da tutte le passioni divoranti, l'invidia, l'avarizia, l'ambizione; più felice nella morte, perchè può dirsi di lui ciò che di Sulpizio disse CICERONE in Senato: Se la morte di queste magistrato fosse avvenuta sol per fato comune, senza che il suo zelo per l'adempimento dei suoi doveri ne avesse affrettato l'ora, ciascuno dovrebbe dolersene, come di pubblico danno: ma egli volle piuttosto morire che accrescere la pubblica agitazione con far avvertire ritardato un momento, in mezzo all'universale calamità, il corso della giustizia: egli morì votando sè stesso al pubblico bene: l'onore che render gli si dee, è quello medesimo che decsi a' capitani morti per la patria sul campo.

A' salvi dalle calamità dell' anno scorso, cosa mai ha renduto queste gloriose? Il coraggio, il disprezzo del dolore, la superiorità d' animo incontro a' pericoli, il nulla temere di quanto è conseguenza dell' umana natura, il non riputar mai intollerabile ciò che la PROVVIDENZA destina che accada nell' uomo e per l' uomo. Se è vero che la virtù non è altro che la natura stessa elevata alla sua più alta potenza, la fortezza d' animo è la prima fra tutte le virtù, perchè senza di lei nulla può giungere a compimento e perfezione, nè può virtù concepirsi. Conoscere la verità, ed amar la giustizia, sono un nulla pel magistrato, s' egli non si fa maggiore di tutti i rischi in difenderla, combattendo non solo contro i malvagi che vivono d' ingiustizia, ma contro tutte le difficoltà fisiche e morali le quali si oppongono al costante perpetuo ed uniforme andamento della giustizia. Chi fra i tremori della salute pubblica in pericolo, chi fra le morti de' suoi più cari antepone il dovere alla vita, mostra già con qual occhio sappia guardare tutti gli altri mali, a' quali può andare incontro facendo il suo dovere; e come con alto volto sappia disprezzare i beni, se pur meritano tal nome, i quali gli si offrone se vuol deviare dal retto; ed opporre l' usbergo d' una coscienza pura alla ingiustizia, ed anche al disprezzo invidioso degli uomini; e disvestire e confondere le arti subdole del rigiro e della calunnia; e conservare immoto e sereno l' intelletto in mezzo a tutte le tempeste, a tutte le tentazioni, a tutti gli urti delle cose le più seducenti, come delle più paurose e più strane e terribili.

8. Bello è nel campo di Marte il coraggio del soldato, non timido di perire pel Re e per la patria. Ma nel momento dell'azione non vi è sofisma del più raffinato amor-proprio che possa far credere esser lo stesso il fuggire e il combattere: a niuna passione nobile è disdetto il concorrere ad animarne il vigore: l'ambizione stessa, il desiderio della fortuna non ne sono sbanditi: la voce de'capi, l'impeto della mischia, il fragore degli strumenti bellici, i gridi, le minacce, la punta in fine delle spade nemiche, che trasforma in pubblica causa la presente propria difesa, fanno del coraggio guerriero la più urgente di tutte le necessità, la più calda, la più entusiasta di tutte le passioni, il più rapido mezzo di trasformar gli uomini in eroi. So però che ben diverso, e assai più nobile, e men dipendente dal procelloso rimescolamento della pugna e delle passioni, è il coraggio de' duci dell'esercito e di un gran capitano. Perciocchè nulla deve mancare in lui dell'ardor del soldato nel momento dell'azione; anzi spesso, primo nel pericolo, debb' essere agli altri di eccitamento e di esempio. Ma questo impeto in lui sarebbe temerità pazza e furore, se un valor più sublime non regolasse i suoi moti, e s'ei non rimanesse, anche in mezzo alle più furiose procelle del campo, elevato sempre nella region serena del calcolo e della ragione. Or in questa regione appunto, e da un fonte medesimo, rampolla il coraggio civile, proprietà essenziale al magistrato, virtù senza la quale ei non ne ha che l'abito ed il nome. Che s'ella è talvolta messa in cimento da pericoli di natura diversa da' militari pericoli, confrontando attentamente queste differenze, nè le difficoltà, nè la lode ne risultan minori.

9. Imperocchè educato il magistrato fra studii tranquilli, legato da un giuramento che l'obbliga nei combattimenti giudiziarii a pronunziare, non secondo ch' altri il comanda, ma secondo che nell'intimo del suo cuore egli sente, situato sovente su di un limite assai esiguo, e quasi impercettibile tra il giusto e l'ingiusto, tra l'esser retto e il sembrarlo, tra la necessità di fare ed il pretesto di non fare, il suo coraggio nulla riceve dal luogo, nulla ha d' improntato da altri, nulla di comandato; non impeto, non entusiasmo, non fisica necessità. E pure ei si trova sovente, solo ed inerme, a fronte di uomini armati di un potere, il quale non di rado è padrone del suo avvenire:

Oltracotata schiatta che s'indraca

assai facilmente. Nè mancano quegli *ami d'oro e d'argento*, e quei *lacci ascosi in ghirlande*, e quegli *artigli d' aquile*, e quei serpi *in faccia di donzella* ne'quali l'italico OMERO adombrò i nemici che incessantemente assediano la virtù di coloro che son preposti a governare, ad amministrare, a giudicare 1). Che avverrà poi

—

1) ARIOSTO, Fur. XXXIV, 77, 78, 79.

se giunga il momento in cui rotto il freno della legge, turbe armate e furenti, insorgano tra'flutti civili ad avverare il *civium ardor prava iubentium* di Orazio? Che fia se in queste procelle, gente, fino allora sciaurata e mal viva, al soffio dell'invidia si desti inosservata, e

Com'uom che a nuocer luogo e tempo aspetta,

sicurata da ogni dubbio cimento per la stessa inettitudine ed oscurità, per non dir altro, nella quale è vissuta, si metta in attitudine di calunniar poscia i pensieri non potendo i fatti, degli uomini forti 1)? Il nostro giuramento è senza condizione alcuna, nè di avanzamenti di onore, nè di fortuna, nè di pericoli. Sempre, ed in tutti i casi, ed a fronte di tutti, chi ha un mandato dal suo Re, chi vuol esser degno di Lui, e del nome del magistrato,

Sta come torre ferma che non crolla
Giammai la cima per soffiar de'venti.

10. Se non che, se il sommettere all'altrui giudizio la propria coscienza, mostra nel magistrato imbecillità e fralezza d'animo servile, l'affettazione di ambiziosa constanza è per lo più fatuità ridevole, assai peggiore della più turpe leggerezza. E che? Non diventa ella forse maschera di timidità e d'ingiustizia in colui, che mal certo della sua propria coscienza, si volge all'altra banda non sì tosto un amico lo prega, o non sì tosto gli sorge il sospetto di poter essere tenuto deferente a certe opinioni? E non è vanità, anzi prevaricatrice malvagità in quell'altro che par che dica, *chi di me più forte?* quando all'aura d'un partito, o al primo favor di plebe

Gonfia la toga, e più non si richiede?

E non è durezza incomportabile e viltà in chiunque, non dirò agitato da inique passioni, ma facile a trasportare ver l'imputato l'indegnazione che all'imputazione si debbe, freme intollerante, e deride, e minaccia, ed esulta di sua fermezza, mentre insulta la sventura, e calpesta l'umanità in catene?

11. Nè già ascrivo a virtù quella che in un magistrato pur sembrò tale al nostro Venosino:

Honestum praetulit utili, et
Reiecit alto dona nocentium
Vultu.

Vergogna è mercar lode da un dovere, il quale non adempiuto porta a punizione certa ed infamia. La fortezza del magistrato è in non perdonare a vigilie nè a fatiche per rendersi eguale all'esercizio dei suoi doveri; il resistere anche a certe passioni nobili, quando possono far velo al giudizio; l'esser costante e votato tranquillamente al ben pubblico, anche quando ei sia certo non averne voce approvatrice che la segreta, o spesso derisa dalla fortuna, coscienza de'pochi; anche quando l'insidia altrui gli prepari il destino di Aristide o di Rutilio; anche quando un nemico barbaro e senza legge al par de'Galli insultanti la maestà del senato romano, lo svillaneggi e l'opprima sulla stessa sua sedia curule, o la vindice ira del cielo agghiacci di spavento e privi di ogni umano soccorso le atterrite nazioni. Il coraggio civile sta nella stessa relazione col coraggio degl'individui d'un esercito, come il duce e la mente col soldato e col braccio; e tanto è più raro e più nobile, in quanto che è virtù tutta sapienza, virtù non di un giorno solo ma di tutta la vita, virtù senza passione.

12. Il qual coraggio, non d'impeto, ma di riflessione, non di passione, ma di ragione, benchè conservi sempre la pura serenità della tranquilla sua origine, pure è atto a trasfondersi con l'esempio al par del coraggio militare. Voi lo avete spiegato al massimo grado nello scorso anno; e ne avete nobilmente invaso il cuore degli avvocati, e più particolarmente degli avvocati officiosi nelle cause capitali. Chi di essi è mancato mai alle difese alla lor cura commesse? Lo zelo dei giorni più sereni della pubblica salute, se nei più nubilosi è stato in voi pure lo stesso, gli avvocati non si son mostrati da meno in un uffizio, tanto più glorioso per essi quanto è meno pecuniariamente ricompensato. Si apre ora il corso al nuovo anno con più prosperi auspici. Piaccia al Cielo, che

Usciti fuor del pelago alla riva,

respiriate d'ora innanzi aure men perigliose e più liete; tal che messo finora il vo-

1) V. i §§ 14 e 15 del discorso da noi pronunziato per l'apertura dell'anno giudiziario del 1836.

stro coraggio al duro cimento da cui sì gloriosi emergeste, proceda omai sì tranquillo nell'andamento vostro ordinario, che non occorra altra pruova per raccoglierne il premio di meritata corona.

—

IV.

Appendice al n. VI pag. 350 — Se l'eccezione della mancanza d' instanza per la punizione ne' reati correzionali, possa opporsi dopo il giudicato.

SOMMARIO

I. Stato della quistione, § 1 a 3.
II. Distinzione necessaria nell' applicazione della regola, *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, § 4 e 5.
III. L'instanza privata eccita, non costituisce l'azione pubblica ne' reati correzionali, § 6. — Ella è condizione per far muovere l'azion penale, ma nulla le dà, nulla le toglie quando ella è in movimento, § 7. — Termine in cui cessa il bisogno della instanza privata, § 8.
IV. Niuna eccezione autorizzata nel corso del giudizio, può prodursi dopo che la decisione è passata in giudicato, § 9 e 10. — Perchè possa in alcuni casi proporsi dopo il giudicato l'eccezione d'amnistia, § 11.
V. Conchiusione, § 12.

1. Signori 1), torna al vostro esame, ma sotto altro aspetto, la causa di *Cocozzella, Arminio e Canzano* 2). Costoro non si opposero alla decisione che dichiarava soggetto a semplice pena correzionale il reato, del quale sotto figura di misfatto erano stati accusati; e senza richiamo trascorse il termine lor conceduto a ricorrere. Passata così la loro condanna in cosa giudicata, pretesero poi che la stessa gran-corte avesse dichiarato, che un'azione di sua natura correzionale, qual era quella che nasceva dalla natura del loro reato, non essendo stata animata mai dall'istanza di punizione per parte de'danneggiati, ella s'intendea di dritto estinta prima del giudizio, e per ciò rimessa la pena. Nella discussione però di questa dimanda la gran-corte, I, nè li citò, nè li udì: II, dopo di averla ricevuta, pronunziò non avere giurisdizione per discuterla, supponendo che questa fosse finita in lei dopo il giudicato: III, aggiunse in fine esser vana una tal discussione, perchè un reato portato come misfatto, benchè nella dichiarazione terminativa della causa fosse stato scoperto degno solamente di pena correzionale, rimanea sempre misfatto; e dichiarò non esservi luogo a deliberare, perchè l'azion penale nascente da misfatto non ha bisogno d'instanza de' danneggiati per perseguitarne i colpevoli. Tre nullità voi notaste in questa decisione, e l'annullaste 3).

2. La gran-corte di rinvio, I, ha citato ed udito le parti; II, ha creduto che non sì tosto si disputava della esecuzione d'un giudicato, era sempre competente a conoscerne il giudice che lo avea pronunziato; III, ha deciso in fine che delitto, e non misfatto era questo, perchè non dalle prime apparenze, ma dalla verità del fatto dichiarato dietro pubblica discussione, dipende la definizione e la natura del reato. I principii adunque i quali determinarono la corte suprema all' annullamento, sono stati compiutamente adottati dalla seconda gran-corte; e perciò la sua decisione non è, nè può essere attaccata coi motivi medesimi onde venne attaccata la decisione della prima 4).

3. Se non che la nuova gran-corte adempito ch' ebbe a questo triplice assunto, prese a risolvere la quistione, *se mancando l' instanza di punizione per parte di coloro che potevano essere danneggiati, sia efficace questa mancanza a distruggere gli effetti di un giudicato, pronunziato dietro un procedimento legalmente cominciato*, e *legalmente proseguito ed ul-*

1) Conclusioni pronunziate all'udienza della corte suprema di giustizia nel dì 18 di gennaio 1839, per la causa di *Giuseppe Cocozzella, Gennaro Arminio* e *Cesare Canzano*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p., GIUSEPPE MARINI-SERRA avv. de' ricorrenti.

2) La prima volta fu trattata nel dì 5 feb. 1838.— V. il n. VI, pag. 350.

3) V. il d. n. VI, pag. 350.

4) Quindi non è caso di riunione di camere. — V. il n. I e II, pag 1 e 18 ed il n. VII, pag. 354.

timato? L' ha risoluta con la formola: *non ha luogo la dimanda, e la rigetta* 1) — Nuovo ricorso.

4. Tutta la forza di questo ricorso è nella regola di Paolo: *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* 2). Se dunque, dicono i ricorrenti, se l' azion penale per un reato correzionale non poteva fin dal principio esercitarsi senza instanza di parte privata 3), ella non può prendere consistenza dagli atti successivi.

5. Ma è noto che tal regola di Paolo ha forza soltanto in quegli atti che constituiscon per legge la validità e la sussistenza originaria d' un negozio, e particolarmente quando solo da un determinato stato di persone e di cose esso prende legal forma e sostanza, sì che non vi sia lecito che volere una sola fiata o non volere 4). Perciocchè quando è lecito ad alcuno di volere o disvolere ad arbitrio fino alla esecuzione di un atto, non è nuovo, che cominciato questo viziosamente, la sua conferma o ratificazion posteriore ne' modi legittimi, ed anche l' esecuzion volontaria, con le quali si manifesti l' intenzione di ripararne il vizio, possono renderlo valido fin dal suo principio 5): solamente ciò non può avvenire quando una determinata legalità è di essenza assoluta dell' atto. Tali sono p. e. le legalità delle donazioni tra vivi, nelle quali la legge non permette mai di manifestare la volontà di donare che nelle forme legali ed originarie di donazione 6). Tutta dunque la quistione consiste in conoscere, se il bisogno della instanza di punizione per parte de' danneggiati appartenga così all' essenza dell' azion pubblica ne' reati correzionali, che non dedotto nel corso del giudizio, possa risuscitarne la controversia dopo il giudicato.

6. L' art. 38 pr. pen. statuisce, che nei delitti *non può* esercitarsi l' azion penale senza instanza di parte privata. Ma questo *non può*, non impedisce l' instruzione delle pruove, particolarmente ove sia dubbio se il reato esca a delitto, ovvero a misfatto. Anzi l' art. 43 dice espressamente che la mancanza di formale instanza di punizione per parte degli offesi, non equivale mai a rinunzia, quando costoro nell' atto della querela non sieno avvertiti, siccome i danneggiati nella causa presente non furono avvertiti mai del lor diritto di dimandare la punizione. Se i danneggiati ne sono avvertiti, debbono spiegar l' instanza tra le ventiquattr' ore: se nol sono, possono spiegarla in tutto il corso del giudizio: ed in ogni caso l' azion penale è sempre *essenzialmente* pubblica, sempre *esclusivamente* affidata agli agenti del pubblico ministero, senza restrizione, nè condizione alcuna 7): ella ne' reati correzionali è eccitata, non constituita dalla instanza privata di punizione.

7. Quest' eccitamento dunque nulla dà, nulla toglie a ciò ch'è di essenza dell' azione pubblica: esso è semplicemente una condizione, senza la quale ella mal si muove e mal si mette in esercizio: la sua essenza è ch' ella nasce pubblica dal reato, ed è esclusivamente affidata al pubblico ministero. Se dunque avviene che in reato correzionale, ella si muova senza l'impulso privato che per lei richiede la legge, nulla ciò diminuisce per la sussistenza e per la sostanza dell' atto: può solamente chi n' è offeso farne richiamo, come per ogni altra violazione di rito. Perciò l' art. 175 apre il termine di cinque giorni a favore dell' accusato, termine nel quale ei dee dedurre ogni nullità di procedimento. I rei in questa causa non ne profittarono, e per un reato di dubbia uscita tra misfatto e delitto, nulla opposero di ciò, che in caso ch' ei si mostrasse delitto e non misfatto, poteva favorirli.

8. Che se mai lo avessero opposto, non era dubbio che gli atti fino allora fatti erano stati fatti utilmente: solamente si avrebbe avuto il dovere di richiamare i danneggiati per adempiere a ciò che prescrive l'art. 43, cui non era stato adempito. Allora è che se costoro avessero fatta l' instanza, il procedimento sarebbe stato utilmente con-

1) Decisione della gran-corte criminale di Terra di Lavoro del 26 maggio 1838, a rapporto del giudice Cancellieri, e sulla requisitoria del proc. gen. Minervini.

2) L. 29, *De reg. iuris.*

3) Art. 38 ll. di pr. pen.

4) Iac. Goth, ad d. l. 29 *de r. i.*, ov'el riferisce tutti i casi ne' quali la regola dee valere, e quelli ne' quali non può valere.

5) Art. 1292 ll. cc. — Questo è comentato nel n. seguente.

6) Art. 1293 ll. cc.

7) Art. 2 ll. di pr. pen.

tinuato sino al suo termine; e se avessero rinunziato alla punizione, potearimettersene la pronunziazione all' esito del giudizio 1); perchè ove mai, qual avvenne, questo fosse uscito a delitto correzionale, allora avrebbe dovuto l' eccezion prevalere. Ma gli accusati nulla fecer di ciò nel termine de'cinque giorni. *Vigilantibus iura succurrunt*. Sopravvenne il termine dato per l' esibizione delle note de' testimoni da ascoltarsi nella pubblica discussione; e nemmeno in questo fu presentata rinunzia dei danneggiati all' instanza di punizione. Nè deve obbliarsi che nell' art. 47 si legge stanziato, che dopo questo termine la rinunzia all' instanza non più sospende l' azione penale. Combinati insieme l' art. 43 ed il 47, quello mostra che non avvertito il danneggiato del suo dritto, può sempre esercitarlo; questo mostra, che tale esercizio può spiegarsi fino a tanto che può esser utile la rinunzia. Dopo quest' ultimo termine, quando il rito è criminale, non è più necessaria tal dimanda a'danneggiati, la cui instanza o rinunzia a nulla più giova. Che vale dunque che tal rinunzia siasi presentata dopo il giudicato? Ella veramente fa ricader l'affare a ciò per cui il giudizio non avrebbe potuto aver cominciamento, Ma *non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit a quo initium capere non potuerunt* 2).

9. Si celebrò poi la pubblica discussione, sempre nel dubbio dell'evento, se il reato uscisse a misfatto o a delitto. Il ministero pubblico richiese pena di alto criminale: la gran-corte ne pronunziò una correzionale: ed intanto non si fece motto da' rei che mancava l'istanza. La decisione passò in cosa giudicata. Che diremmo ora se fosse affetto il giudicato di violazione alle leggi relative ad altre eccezioni perentorie, qual sarebbe la prescrizione, o l'eccezione della cosa giudicata? La prescrizione, benchè non opposta ne' termini, dee rilevarsi di ufizio: con tutto ciò dopo il termine a ricorrere in corte suprema contro la decisione, sì che questa sia passata in giudicato, non vi ha autorità umana che possa per qualunque ragione far rivivere la causa. La sola eccezione della cosa giudicata può dar luogo a revisione, quando però esistano due giudicati irrevocabili e contraddittorii in modo, che ammettendo la giustizia della condanna per l'uno, dee per necessità trovarsi ingiusta per l' altro 3). Siamo noi forse in questo caso? La rinunzia all'istanza è stata prodotta dopo il giudicato (a). S'ella sareb-

1) Art. 283 pr. pen.

2) L. 85, *De reg. iuris*.

3) Art. 611 pr. pen.

(a) *Secondo il novello codice di procedura penale l'azione penale è essenzialmente pubblica, e si esercita di uffizio in tutti i casi nei quali la istanza della parte danneggiata od offesa non è necessaria a promuoverla (art. 1). Codesti casi non vengono più determinati per serie di reati, ma sono tassativi e si riducono ai seguenti: 1° per l'oltraggio al pudore seguito in privato (art. 420 cod. pen.); 2.° per l'adulteria (482 det. cod.) 3.° per la concubinato, ossia adulterio commesso dal marito nella casa coniugale (art. 483); 4.° nei reati di stupro violento e di ratto previsti dagli art. 489 a 500 del codice penale non si apre del pari adito ad azione penale senza privata istanza di punizione.—Ma quando alcuno di questi reati sia accompagnato da altro misfatto, o sia commesso con riunione armata, l'esercizio dell'azione penale è indipendente dalla istanza privata (art. 4, Decreto del 17 feb. 1861). Intanto secondo il codice penale del 1859 non solo si procedea di uffizio per detti reati, ma anche per quelli d'incesto che furono soppressi dalla nostra Commissione legislativa nel rivedere che facea quel codice per disporne la pubblicazione presso di noi.—I fatti d' incontinenza, ella dicea, non sono punibili se non movendosi o dal punto di vista del dritto di famiglia violato (come l'adulterio, la bigamia, ecc.), o da quello della moralità pubblica cui non è lecito di portar lesione (come ogni atto contro il pubblico costume), o da quello della violenza contro il pudore della persona, senza il quale elemento non si può considerare come incriminabili lo stupro, il ratto, l'attentato al pudore. Epperò, ferma la Commissione per quest'ultima specie di reato alle tradizioni della nostra legislazione anteriore, avvisa doversi disvestire di efficacia giuridica la penalità dal Codice determinata per gli incesti e per gli atti di libidine contro natura quanto bene non accompagnati da violenza, e rimandarsi tutti questi fatti alla punizione dello stupro violento quando la violenza vi sia intervenuta. Se non che pei casi di presunta violenza sono da aggiungere a quelli enunciati dal Codice altri due, che erano già enunciati dalle leggi del 1819, cioè lo stupro ed ogni altro attentato al pudore, commessi da istitutori, tutori o educatori sulle persane affidate alle loro cure; e quelli commessi dai custodi sulle persane de' detenuti. Infine l'antico istituto di non aprirsi adito all'azian penale per siffatti reati se non dietro istanza privata di punizione vuol esser conservato come una protezione dovuta ai segreti delle mura domestiche.—5.° per la seduzione di una giovane minore di anni 18 dietro promessa di matrimonio non adempita (art. 500); 6.° per le violazioni dell'or-*

be stata anche inutile dopo il termine per la esibizione delle note de' testimoni, potrà dirsi utile dopo l'accettazione d'una condanna irrevocabile?

10. Voi avete altra volta ammesso il ricorso di *Pietro Carrara*. Costui era stato accusato d'un reato, il quale anche si tenne fino alla discussione pubblica sotto fi-

dine interno delle famiglie (art. 515); 7.° le percosse e ferite che non producono incapacità di lavoro oltre i giorni cinque (art. 550 cod. pen.); 8.° pei reati d'ingiurie e diffamazioni, che non abbiano il carattere di oltraggio ai pubblici funzionarii (art. 586); 9.° per le sottrazioni tra fratelli quando vivono separati (art. 635 modificato dal D. 26 nov. 1865); 10.° per le contravvenzioni contro le persone e le proprietà (art. 330 proc. penale). Egli è facile il dedurre che fuori gli enunciati casi o di altri espressamente determinati dalla legge nei quali la istanza privata è necessaria per animarsi e proseguirsi il procedimento penale, questo avrà luogo di uffizio in tutti gli altri casi non eccettuati con particolare disposizione; quindi il reato di pascolo abusivo nei fondi altrui senza recidiva, tuttochè sottoposto a pena di polizia, il lieve danno alla proprietà, e cose simili tuttochè costituenti reati sottoposti a pene di polizia, devono punirsi nel caso di mancanza della istanza privata di punizione, e ciò perchè tali reati non sono trai casi eccettuati dalla legge.

La formola per assolvere il prevenuto allorchè sopraggiunge la rinuncia alla istanza suddetta sarà di non esservi luogo a procedimento giusta l'art. 120 cod. proc. pen.

La mancanza della istanza di punizione essendo una eccezione perentoria può eccepirsi anche al principio del dibattimento e dev' essere discussa prima dell'esame di ogni prova. Senonchè non sarebbe impedito al giudice di riservarne all' esito del dibattimento la discussione, quando vi abbisognassero dilucidazioni che solo possono ottenersi dalla udizione dei testimoni e discussione delle perizie. E quando un fatto in origine si presentasse perseguibile di ufficio come un ferimento con incapacità di lavoro oltre i cinque giorni, e poi assodato che codesta incapacità non perdurò oltre i cinque dì, bisogna dichiarare non esservi luogo a procedere ove manchi la istanza di punizione, o trovisi presentata la desistenza, sia con atto separato, sia nella stessa pubblica discussione.

Nei casi in cui l'azione penale non può esercitarsi che ad istanza della parte offesa, non può questa, dopo scelta l'azione civile avanti il giudice competente, promuovere il giudizio penale (art. 7 cod. proc. penale). Se invece si fosse scelta prima l'azione penale, e questa fosse stata respinta perchè non costituente reato il fatto denunciato, resterà sempre salvo il diritto al querelante di fare riesaminare il fatto stesso pel rifacimento del danno ove siavi luogo dinanzi al giudice competente. Ma se il magistrato punitore avesse ritenuto insussistente od avvenuto per caso fortuito il fatto denunciato, è indubitato che niun azione civile potrà competere al danneggiato.

La desistenza dalla querela si farà nelle stesse forme della querela e davanti gli stessi uffiziali autorizzati a riceverla — La desistenza dalla querela può aver luogo in qualunque stato di causa, ed anche all'aprirsi del pubblico dibattimento, o nel primo giudizio, od eziandio nel giudizio di appello, salvo la disposizione dell'art. 487 del codice penale — La desistenza arresta l'azione penale con l'obbligo in chi desiste di pagare le spese occorse. L'ordinanza o la sentenza, con cui, attesa la desistenza, si dichiarerà non essere luogo a procedimento, porterà la condanna di chi ha desistito al pagamento delle spese (art. 117 proc. pen.).

È indubitato che dopo il giudizio di appello non sarebbe più ammessibile la rinunzia alla istanza privata di punizione, e tanto meno dinanzi la Corte Suprema. Qualora la desistenza siesi presentata a tempo utile, e la Corte di merito non ne ha tenuto conto, sarebbe ciò un motivo legale per fare annullare la sentenza. Se la Corte di Cassazione pose nel nulla per qualsivoglia ragione una sentenza di Corte di Appello o di Tribunale Correzionale, è indubitato che nel riaprirsi il novello pubblico dibattimento dinanzi alla Corte o tribunale di rinvio, si potrà presentare quella rinunzia alla istanza privata di punizione, che non fu presentata nel primo giudizio.

Chi ha desistito da una querela non può più rinnovarla, e perde il diritto di esercitare l'azione civile quando nell'atto stesso della desistenza non ne abbia fatto espressa riserva (art. 118). Se i reati contemplati nell'art. 116 sono stati commessi da più individui, la desistenza fatta in favore di uno di essi gioverà anche agli altri (art. 112). Questo articolo riceve anche applicazione rispetto alla remissione che un coniuge fa all'altro coniuge infedele; e se è presentata prima della condanna giova anche al complice; ma dopo la condanna la desistenza dalla querela produce la cessazione degli effetti della condanna solo nello interesse del coniuge colpevole, purchè chi desiste acconsente di tornare a convivere col coniuge stato condannato (art. 487). Se fu prudente estendere anche al complice l'effetto della desistenza prima della condanna per non propalare fatti che interessa di tener celati, non eravi ragione di favorirlo dopo la condanna, quando la pubblicità del giudizio ha assicurata la sua colpa ed insieme l'onta domestica da questa derivata.

Oltre la desistenza abbiamo nel novello codice penale la facoltà accordata agli ascendenti od affini in linea retta di rimettere ai discendenti la metà della pena correzionale o di polizia loro inflitta per offese recate ad essi, sebbene di azione pubblica; combinata così la necessità della tutela sociale con la benevolenza del sangue. La stessa facoltà è accordata al coniuge per le offese della stessa natura recategli dall'altro coniuge; salvo il disposto dell'art. 487 del codice penale.

«Ogni domanda a questo effetto sarà presentata al pretore, al tribunale od alla corte che ha pronunziato la condanna; vi si provvederà su le conclusioni del pubblico ministero in Camera di Consiglio (art. 603 cod. proc. penale).

gura di misfatto. Ma ei prevedendo, che questo nella pubblica discussione poteva perdere sì tristi sembianze, e riapparire, qual era in effetti, delitto, oppose a tempo debito l'eccezione del difetto d'istanza. Era questa un'eccezione che la gran-corte, in forza dell'art. 288 pr. pen., potea risolvere nel tempo della decisione del merito. Ma la gran-corte dichiarò correzionale il reato, ed obbliò di risolvere l'eccezione. Avverso la decisione fu prodotto ricorso; e voi giustamente l'annullasto 1).

11. Il caso attuale è tutto diverso. Si cerca convellere un giudicato per effetto d'una eccezione che dovea proporsi nel corso del giudizio da cui questo è derivato 2). Ed invano se ne desume un pretesto da ciò cho avviene talvolta ne' casi d'amnistia. L'eccezione d'amnistia che condona un genere di pena, può ben opporsi, anzi non può opporsi che dopo il giudicato di condanna. Di fatti uno de' decreti di amnistia si espresse: *la pena correzionale profferita per reati anteriori a questo decreto, son condonate*: ed un altro: *le pene correzionali applicate con deliberazioni ora divenute esecutive, sono condonate*. Il giudicato adunque delle pene profferite, il giudicato delle pene divenute esecutive, sono il titolo su cui poggia l'eccezione. Per lo che il giudice che le ha pronunziate, ha pur giurisdizione per riconoscere, se esse abbiano tutte le condizioni richieste dall'amnistia, ond'essere condonate. Nè ciò sovverte il giudicato, ma lo ritiene irrevocato ed intatto, e ne riguarda solamente l'esecuzione. All'incontro l'instanza per la punizione è richiesta dalle leggi ordinarie di procedura per giungere con le regole di rito alla decisione ed al giudicato. L'eccezione del suo difetto tende a perimere l'azione pubblica penale o nel suo cominciamento, o nel suo corso. Ma quando ella si è spiegata, quando n'è finito il corso col giudicato, è vano il tentar le vie, aperte solo per farla cessare prima che ottenga il suo fine, non per rescindere il giudicato nel quale ella è finita. Il silenzio e l'acquiescenza del reo ha supplito ad una mancanza di rito

12. Parmi dunque che quanto non fu veduto dalla prima gran-corte, sia stato ben osservato dalla gran-corte di rinvio; che questa abbia saputo ben discernere dov'era precisamente la sede della causa; e ch'abbia ben proposta e ben risoluta la sola quistione, cui ella dava luogo. Dimando perciò il rigettamento del ricorso. Se non che il *considerando*, il quale par

1) Arresto del 2 settembre 1835, nella causa di *Pietro Carrara*, Longobardi comm, Nicolini m. p., Raffaele Conforti avv. del ricorrente. — V. la pag. 101 alla nota.

2) La gran-corte però non contenta di aver ben ragionato, che dopo il giudicato ogni eccezione intesa a perimere l'azione, era vana, aggiunge, *che o svanendo le circostanze che davano al reato carattere di misfatto, o concorrendo nel fatto circostanze scusanti* o *attenuanti di dolo, in tali casi la legge autorizza la gran-corte criminale a pronunziare pene correzionali*, o *di polizia; ed allora sarebbe frustraneo lo esaminare, se vi sia o pur no la istanza della parte privata; dapoichè l'azion pubblica è stata dal principio esercitata regolarmente da coloro che ne aveano esclusivamente il diritto*. Questa considerazione è stata nella causa di cui trattiamo, solennemente disapprovata dalla corte suprema col seguente ragionamento:

« Attesochè (ella dice) il trascritto *considerato* « merita disapprovazione. Tratta esso degli art. « 148 e 300 pr. pen. e no offende il senso e la « lettera. Ne viola la lettera; giacchè nello stesso « art. 300 è scritto, parlandosi della pena corre- « zionale, *se è dovuta*. Quindi, se manca la in- « stanza di punizione, o se vi si è rinunziato, la « pena non sarà dovuta, e gli effetti del già tenuto « procedimento son tolti di mezzo, come non sarà « dovuta la pena, se un'*amnistia complessiva* aves- « se impedito il procedimento sull'azione delittuo- « sa. Ne viola il senso; perciocchè l'art. 300 non « è che una prorogazione di giurisdizione in grazia « della celerità de' giudizii, e l'art. 148 non ri- « sguarda che il mero procedimento, al quale pare « che la gran-corte accordi tutto, a nulla alla cosa « di che si giudica: »

« Attesochè nè la differenza del giudice, nè del « procedimento è ciò che cangia o ritiene per sem- « pre gli stessi caratteri del reato, e dà luogo agli « stessi effetti legali. La pena bensì, come quella « ch'è conseguenza della dichiarazione terminativa « del fatto, è quella che determina la natura del « reato medesimo, tranne quando la pena corre- « zionale si attenua per circostanze estrinseche e « straniere al fatto delittuoso. Nulla poi tiene più « essenzialmente alla natura ingenita del reato, « quando le circostanze modificative del dolo, e le « scusanti intrinseche sempre al reato, e quindi « dirette a fissarne la natura. Il procedimento non « è che il mezzo per l'analisi giudiziaria, nel fine « di rintracciare la verità legale, la quale rinve- « nuta una volta con la dichiarazione di reità, fa « sì che si questa retrotragga all'epoca in cui fu il « reato commesso; giacchè non potrebbe il fatto « stesso esser ora misfatto, ed ora delitto. »

« Per lo che disapprova il riferito *considerato*.

che ritenga dover essere sempre riputato misfatto ciò che in sembianza di misfatto si è presentato in prima, ed è stato poi discusso in una gran-corte criminale, merita d'essere disapprovato: è un voler dare alle prime e passaggiere apparenze gli effetti veri della realità, determinata dal giudicato 1).

V.

Al n. VIII, § 2, e segg., pag. 184 e n. XIII, § 4, pag. 389—In quali casi il ricorso del min. pub. non debba riceversi. — *Art. 184, 177, 310 e segg. proc. pen.*

Al n. IV, pag. 173 n. XXIV e n. XXXVIII, pag. 422 e 468—Nella riduzione legale di una causa alla ipotesi della legge, quale sia la quistione di fatto, quale di dritto. — Che s' intenda per *NUOVE PRUOVE*, **quando venga ampliato un processo dopo il** *NON CONSTA*.—*Art. 163, 165, 281, 282 pr. pen.*

SOMMARIO

SEZ. I. *Stato della quistione, e partizione della causa.*

I. Atto di accusa in questa causa, § 1. — Sua discussione e deliberazione non pubblicata. — Escarcerazione del reo, § 2. — Decisione compilata e notificata tre mesi dopo. — Ricorsi, § 3.

II. Sei motivi d'inammessibilità, § 4. — Il sesto riguarda la parte-civile. — L'ammessione del di lei ricorso dipende dall'ammessione del ricorso del m. p., § 5.

III. De' cinque motivi che riguardano il ricorso del m. p., il quarto ed il quinto dipendono dalla discussione del merito, § 6.

IV. Leggerezza del terzo e del secondo, § 7 ed 8.

V. Tutta la causa è riposta in esaminare, I, il primo motivo di inammessibilità, e II, il merito della decisione, § 9.

SEZ. II. *Se la escarcerazione del reo, eseguita in pendenza del termine a ricorrere, forchiuda il ministero pubblico della facoltà del ricorso?*

I. Principio fondamentale per la decadenza da un dritto, § 10.

II. Art. 310 pr. pen, § 11. — Se l'adempimento prematuro di ciò che ordina la decisione, ne sia esecuzion legale, d. § 11 e 12. — Cause civili, § 13 e 14. — Cause penali, § 15. — Dritto romano, e doppia quistione che ne deriva, § 16 e 17.

III. PRIMA QUISTIONE. — *Se l'esecuzione dat a ad una decisione criminale in pendenza del termine a ricorrere, chiuda l'adito al ricorso del pubblico ministero?* § 18.

IV. Principii che risulvono tal quistione per la negativa, V. i d. § 10 a 15. — Esempii di cose giudicate in Francia, § 19 a 21. — Scrittori di dritto tutti conformi per la negativa, compreso CARNOT del 1812, § 22.

V. CARNOT del 1829 in contrario, d. § 22. — Confutazione del nuovo suo avviso con un responso di MODESTINO, § 23.

VI. Data anche per vera ed universale in Francia la sentenza recente di CARNOT, ella non è applicabile a noi, § 24.

VII. Difformità tra il caso deciso nel 1820 dalla corte suprema di Napoli, ed il nostro, § 25 a 27.

VIII. SECONDA QUISTIONE. — *Dato che la esecuzione della decisione in pendenza de' termini a ricorrere, chiuda l'adito al ricorso, quid, se la esecuzione sia nata da errore o da falsa interpetrazione?* § 28.

IX. Fino a tanto che la decisione non è motivata, non ha esistenza legale, nè può eseguirsi ciò che non esiste, § 29 e 30. — Metodo con cui si eseguono le decisioni di escarcerazione presso di noi, § 31.

X. Ordinanza del presidente nella causa, § 32.

XI. La esecuzione di questa ordinanza non importa esecuzione della decisione, § 33 a 36.

1) Così è stato deciso. Della disapprovazione abbiam riferito i termini nella *nota* 2 alla pag. 499— V. anche la nota 2, al § 3, n. VI, pag. 351.

È però da avvertire che la corte suprema, rigettando il ricorso, par che accordi col suo arresto al dritto delle parti più di quello che io accordo nelle mie conclusioni: dappoichè se io credo che dopo la comunicazione scambievole delle note non più sia accettabile l'eccezione di mancanza d'instanza per la punizione, la corte suprema par che vada più oltre. Di fatti ella dice:

« Atteso che la eccezione sul difetto d'instanza « di punizione, o di rinunziazione alla medesima, « o di ogni altra (tranne quella che sorgesse da « un atto sovrano posteriore che colpisse anche la « cosa giudicata, mentre in questo caso la si po« trebbe sempre opporre) era tutta propria della « sede del giudizio di merito, tanto se conoscevasi « di essere la pena originariamente correzionale, « e fuori de' casi di eccezione per circostanze o« strinseche al fatto delittuoso, quanto per le di« sposizioni dell' art. 39 ll. pr. pen., non meno « che se vi sia ricorso per annullamento contro la « decisione di condanna (art. 305 pr. pen. e 85 « leg. org. giudiziaria). Or se nella specie la pri« ma via era preclusa dalla dubbiezza dell' esito « della dichiarazione diffinitiva del reato, ove però « questa non avesse voluto prevedersi, rimaneva « sempre aperta la seconda: ma la decisione di « condanna fu lasciata passare in cosa giudicata. »

« Perciò rigetta, ec. ec.

SEZIONE I.

Stato della quistione, e partizione della causa.

1. Signori 1), nel dì 29 di settembre 1837 la gran-corte criminale di cui vi si è denunziata la decisione, deliberava col numero di cinque giudici sull'ammessione dell'atto di accusa contro un imputato, I, *di falsità in private scritture a danno di D. Pietro Pangrati, ad oggetto di commettergli frode qualificata pel valore;* II, *di complicità nella falsità commessa nei pubblici registri del ricevitore del registro e bollo di Rogliano, de Bonis, con lo stesso disegno di frodar Pangrati, a' termini degli art.* 293, 287, 74, 75, 430, 431, 436 *ll. pen.;* III, *di complicità nell' involamento de' registri suddetti, a' termini degli art.* 250, 74 e 75 *d. ll. pen.* — Se gli art. delle ll. pen. che qui si citano, vengano riferiti a' fatti espressi in tutto l'atto d'accusa, è chiaro che quattro sono i misfatti accusati. Imperocchè l'articolo 250 prevede l'involamento di alcuni registri di ricevitoria, eseguito con audacia senza pari dagli archivii del ministero di grazia e giustizia; l'art. 287 prevede la falsità in registri pubblici; l'art. 293 le falsità in scritture private; gli art. 430, 431, 436, la frode; gli art. 74 e 75 la complicità. Spiegando adunque il pubblico ministero la sua accusa a' termini di tutti questi art., ne risultavano i seguenti reati connessi; I, falsità in scritture private; II, falsità in scrittura pubblica; III, frode, oggetto di queste moltiplici falsità, già conseguito dal reo; e IV, involamento de' registri, mezzo per facilitarne l'impunità.

2. All' uscire de' giudici della camera del consiglio, niuna pubblicazione essi fecero di definitiva pronunziazione 2). Se non che con la data dello stesso di 29 di settembre noi ora abbiamo due atti; l'uno è la minuta del foglio interno delle deliberazioni, in cui per l'accusato una deliberazione definitiva di libertà assoluta è registrata; l'altro è un'ordinanza del presidente per la escarcerazione di lui. Il primo non appare comunicato ad alcuno. Il secondo fu conseguitato, nel medesimo giorno 29 di settembre, dalla effettiva escarcerazione dell'accusato.

3. La decisione intanto non uscì alla luce, che nel dì 28 di dicembre, quando venne notificata al procurator-generale del RE. Contro di essa si è prodotto ricorso a questa corte suprema così dal ministero pubblico, che dalla parte-civile.

4. Ma da quella escarcerazione del 20 di settembre (§ 2) trae l' accusato argomento, che il ministero pubblico si era precedentemente non pure acchetato a tal decisione, ma volontariamente sottoposto a qualunque evento di essa, e che abbia per ciò rinunziato implicitamente al ricorso. Crede dunque che questo non possa riceversi. — Trae un secondo motivo d'*irricevibilità* dall'essere stato il ricorso stesso intimato a lui molto al di là delle ore 24, termine di rigore il quale è prescritto a pena di decadenza. — Ne trae un terzo dalla occasione per la quale la liberazione

1) Conclusioni nella causa trattata nella corte suprema di giustizia nel dì 25 di gennaio 1839, LONCOBARDI comm., NICOLINI m. p. — DOMENICO TARTAGLIA, RAFFAELE CONFORTI, PIETRO DI ONOFRIO, avvocati della parte-civile ricorrente. — BARONE POERIO, FEDERICO CASTRIOTA-SCANDERBEG, GIUSEPPE MARINI-SERRA, SAVERIO MATTEI, avvocati dell'accusato assoluto e resistente al ricorso.

2) Mancanza da non lasciarsi inosservata. — V. il n. seg.

dal carcere è stata risoluta: ciò si è fatto, egli dice, nel deliberarsi sull'ammessione dell'accusa; e quando ciò avviene, niun motivo si può dedurre nel ricorso, all'infuori de' tre i quali sono autorizzati dall'art. 177 pr. pen.: niuno d'essi offre il ricorso. — Ne trae finalmente un quarto ed un quinto dalla natura stessa della decisione, la quale risolvendo un'eccezione perentoria, ed essendo assolutoria, non ammette sotto il primo aspetto alcun motivo di rito, e sotto il secondo, quando l'assoluzione è derivata da nuda risoluzione di quistione di fatto, non ammette ricorso in modo alcuno. — Alla parte-civile poi egli oppone, che il suo ricorso non può essere ammesso contro l'esclusione dell'azion penale, la cui persecuzione non è commessa alle parti private, ma esclusivamente a' magistrali incaricati del pubblico ministero.

5. De' quali sei motivi d'inammessibilità, l'ultimo che riguarda la parte-civile, non può essere contraddetto, quante volte si avveri la sua necessaria condizione, che il ricorso del pubblico ministero non sia accettabile. Il dritto della parte civile non sorge che ove sia sussistente il ricorso del magistrato al quale esclusivamente appartiene l'esercizio dell'azion penale e pubblica, cui l'azion privata non è che accessoria e sussidiaria. Per lo che tutta la controversia si risolve in conoscere l'ammessibilità e la sussistenza del ricorso del pubblico ministero.

6. Or il quarto ed il quinto motivo di irricevibilità dedotti contro il ministero pubblico si confondono con la disamina della decisione, e con quella dell'indole de' motivi per annullamento. Perciocchè non possiamo decidere se i motivi trascendano i confini circoscritti a' ricorsi avverso le decisioni di eccezioni perentorie, nè se i motivi dedotti riguardino prette quistioni di fatto, ove non se ne guardino prima la natura ed il merito. Questi due motivi adunque non possono staccarsi dall'esame della decisione, nè dal confronto del merito della decisione stessa con quella del gravame.

7. Il terzo motivo poi è di assai lieve importanza. Imperocchè l'art. 177 restringe a tre soli capi i motivi di annullamento avverso le decisioni di sottoposizione all'accusa, quando però il ricorso *si produca nel termine dei cinque giorni*: il che fa supporre un'accusa ammessa. Nè in questo caso si toglie il dritto alla produzione degli altri motivi, i quali bensì van cumulati co' motivi avverso la definitiva. Ma quando nel giudizio di sottoposizione all'accusa l'accusa stessa è rigettata, ed il reo è definitivamente assoluto, non vi è più termine di cinque giorni ad aprire: la causa è finita, ed il ricorso può presentare tutti i motivi di cui la natura della decisione è capace. — E non è men lieve il secondo motivo: dapoichè il richiamo fu certamente prodotto in questa causa nel corso de' tre giorni dal dì della notificazione della decisione, anzi nel primo de' tre giorni, cioè nel dì 29 di dicembre. Ed in questo stesso giorno l'accusato fu ricercato al suo domicilio in Napoli dall'usciere portatore dell'atto. Ma l'usciere non lo rinvenne, perchè egli era già ripartito per le Calabrie. Se il ricorso è irricevibile per alcuno degli altri quattro motivi, è vano il parlar di questo. Ma se una decisione, comecchè accolga eccezioni perentorie, comecchè di libertà, comecchè pronunziata nel giudizio di accusa, comecchè seguita immediatamente da escarcerazione la quale abbia dato abilità al reo di andare in Calabria e più lunge, se tal decisione può essere attaccata da ricorso, non può richiedersi l'impossibile esigendo che questo sia notificato tra le 24 ore a sì grandi distanze. *Paulus respondit, impossibile praeceptum, vel cui pareri rerum natura non potuit, nullius esse momenti* 1).

8. Nè vero è già, che nelle sole cause correzionali possa avvenire che il reo sia assoluto mentr'ei non è chiuso nella prigione del luogo ove risiede il suo giudice, e che perciò nelle sole cause correzionali la intimazione del ricorso del pubblico ministero, oltre le sue 24 ore, debba avere l'aggiunzione di tanti altri giorni, quante sono le quindicine di miglia dalla dimora di lui alla sede del giudice. Perciocchè anche in cause criminali, come p. e. ne' giudizii di rinvio per la sola applicazione della legge, il giudice che pronunzia può risedere in Napoli o in Sa-

1) L. 3, D. XLIX, 8, *Quae sent. sine appell. rescindandur.* — L. 105 e 188 § 1, *De reg. iuris*

lerno, ed il reo esser detenuto nella provincia di Cosenza 1). Può anche in corte criminale avvenire il caso d'una risoluzione favorevole al reo, o per competenza, o per decisione che il fatto non contenga reato, o per prescrizione, per amnistia, per eccezione di cosa giudicata, rilevate di ufizio prima che l' imputato sia sottoposto ad alcun modo di custodia: e ne'misfatti portanti a pena minore del quarto grado di ferri può ugualmente succedere ciò, quand'egli sia stato sottoposto a semplice consegna o cauzione 2). Può finalmente co'condannati per omicidio i quali abbiano espiata la pena, farsi in gran-corte criminale quistione dell'allontanamento per trenta miglia dal domicilio degli offesi, come è avvenuto recentemente nella causa *Toraldo* e *Galluppi*. In tutti questi casi, ed in qualunque altro in cui le gran-corti criminali pronunziano per un reo o libero o rattenuto in prigioni lontane, lo art. 313 pr. pen. è per necessità di dritto, *et rebus ipsis dictantibus*, soggetto sempre alla regola dell'art. 1119 pr. civ. intorno all'accrescimento de' giorni per le distanze 3). Per le quali cose se non fa ostacolo al ricorso la escarcerazione ottenuta dall' accusato per rimpatriarsi, non può certo far ostacolo che nell'intimazione dell'atto siensi accresciute le ventiquattr' ore di tanti altri giorni, quanti n' erano necessarii per raggiungerlo nella sua patria. Chi concede il fine, dee concedere i mezzi necessarii onde ottenerlo.

9. Da ciò deriva, che tutta la causa si riduce a due punti. L' uno è, se quella escarcerazione forchiuda l' adito al ricorso; l' altro qual sia l'indole della decisione che s' impugna, e se i motivi per annullamento attacchino l' estimazione del fatto, o le risoluzioni di dritto, ed anche se, attaccando queste, le attacchino coi mezzi permessi nelle risoluzioni delle eccezioni perentorie. Il primo riguarda la sola ricevibilità del ricorso; il secondo la ricevibilità insieme ed il merito. — Cominciamo dal primo.

1) Art. 336 pr. pen.

2) Art. 130 pr. pen.

3) Così è stato deciso nella d. causa *Toraldo* e *Galluppi*, 29 agosto 1836, Franchi comm., Nicolini m. p. — Ed indistinto è questo principio per cause così correzionali, che criminali, perchè la ragione è la stessa. Arresto del dì 11 settembre 1837 nella causa *Bonocore* e *Saint-Hilaire*, della quale sarà trattato ampiamente nel n. VIII.

Sezione III.

Se la escarcerazione del reo, eseguita in pendenza del termine a ricorrere avverso una decisione assolutoria, forchiuda il ministero pubblico dalla facoltà del ricorso.

10. Il decadimento da una facoltà conceduta espressamente dalla legge, non può pronunziarsi che ne' soli casi ne' quali la legge stessa espressamente lo minacci 4). Che s' ella renda un tal decadimento conseguenza espressa o d' un fatto determinato, o del silenzio per dato numero di giorni o di mesi o di anni, non si può per analogia o per induzioni prese dalla ragione che forse mosse il legislatore, sostituirvi altri fatti, nè argomentandosi per equipollenza, raccorciare o prolungare quel termine 5). La regola di dritto, *expressi tacitique vis et potestas eadem est*, perde ogni forza quando la legge disegna il caso espresso al quale attacca la sua prescrizione, e molto più quando a questo caso attacca la perdita e l' abbandono di un dritto 6): in questo solo espresso caso si presume tal abbandono, e non in altro, benchè quest' altro per ragion di legge possa rassomigliarlo; *et ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt, subvertuntur* 7).

11. *Il termine a presentare il ricorso avverso la decisione definitiva*, dice l'art. 310 pr. pen., *è di tre giorni, a contare da quello in cui la decisione è stata notificata. — In pendenza del termine la decisione non può essere eseguita.* Che sarà, se in pendenza del termine, e pria che la decisione divenga di per sè irretrattabile e non più soggetta a gravame ed *esecutoria*, siasi già eseguito dalle parti ciò ch'ella ordinava?

12. Se le parole della legge sono: *in pendenza del termine la decisione non può essere eseguita;* se la negativa *non*

4) È il caso per l'appunto in cui *expressa nocent, non expressa non nocent*. L. 195, *De reg. iuris.*

5) L. 52 et 54, D. XXXV, 1, *De conditionibus et demonstrationibus*, da cui è tratta la d. regola della l. 195 *De reg. iur.*

6) Iac. Goth. ad d. l. 195 *De reg. iuris.*

7) L. 21, D. *De legibus.*

preposta al verbo *può*, toglie ogni potestà di fatto e di dritto, ed induce una necessità assoluta, disegnando l'atto impossibile 1), questa impossibilità è certo legale, non fisica. L'esecuzione non è fisicamente impossibile a farsi; e fatta, è impossibile il disfarla, perchè niuno *irritum efficiet, neque diffinget infectumque reddet quod fugiens semel hora vexit* 2). E come toglier via il peso de' ferri sofferti in pendenza del termine, o il libero viaggio eseguito per effetto d' una escarcerazione illegale? Esso però è un fatto illegittimo, un fatto abusivo o un errore, un fatto che NON POTEVA LEGALMENTE FARSI, che NON PUÒ aver mai effetto di atto legale, e che in conseguenza non può dirsi *esecuzione di decisione*, la quale è il compendio e il compimento ultimo di tutte le legalità della procedura. Perchè una decisione divenga irretrattabile e legittimamente *esecutoria*, la legge v'impone la condizione, che non vi sia richiamo fra tre giorni, o che il richiamo venga rigettato. Che se mai un'esecuzion prematura provenisse dal magistrato, *factum a iudice quod ad officium eius non pertinet, ratum non est* 3). Per decidere altrimenti sarebbe stato necessario che la legge stessa espressamente avesse soggiunto: *ma se alcuna delle parti in pendenza del termine accetta volontariamente la decisione*, e *si sottomette alla sua esecuzione, non ha più dritto al ricorso*. La legge non dice ciò: ella si arresta a definire che vi è dritto a ricorso per tre giorni dal dì della notificazione, e che in pendenza di questo termine la decisione *non può* essere eseguita. Se dunque in pendenza del termine l'uomo che con la decisione è condannato al confino o all'esilio, vi si avvia, o colui che deve esser messo in libertà, la ottiene, questi fatti non importano legale esecuzione, perchè fatti arbitrarii, che la legge con quel suo *non può*, dichiara fuori, non del poter fisico, ma del poter legale di ognuno.

13. Nè vale il ricorrere alla regola del dritto antico rammentata da GIUSTINIANO nella l. 29, C. II, 3, *De pactis*: *omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt, renunciare*. Massima è questa che può valere talvolta nelle cause civili, e specialmente nelle competenze di privilegio personale, qual è il caso a cui tal regola è qui applicata, perchè ciascuno può patteggiare di non far uso delle prerogative, che per favor suo (*pro se*), e non per oggetto d'ordine pubblico *introductae sunt*, e ciascuno a' suoi interessi civili può dare quelle modificazioni che non sono *contra leges, neque dolo malo* 4). E perciò indipendentemente da qualunque decisione, *nil immutetur ex eo quod inter eos convenit; quia obligationum causae pactione possunt immutari, et ipso iure, et per pacti conventi exceptionem* 5). E non per tanto si esegue con ciò la convenzione, non il giudicato. Fatto delle parti, e non obbligazione per legge, transazione, e non giudicato, in pendenza di termini può darsi, *quia actionum modus, vel lege, vel per praetorem introductus, privatorum pactionibus non informatur* 6). Perchè una sentenza passi per legge in giudicato e diventi legalmente esecutoria, debbono trascorrere i termini per l'appellazione. Questo trascorrimento è di ordine pubblico, nè mai prende forma da altri fatti, fuor che da quelli che espressamente indica la legge. Tal che se un uomo il quale perde una causa civile, ed o per compassione dell'avversario che prega, o nel primo impeto d'ira ch'ei ne concepisce, senza conoscere ancora il tenor preciso della decisione, getti a' piedi del suo avversario il danaro al cui pagamento è stato condannato, e questi lo raccolga, nè eglino convengano fra di loro che la lite è finita, chi può sostenere che per questo solo fatto la sentenza sia passata immantinenti in cosa giudicata? Chi può negare al perditore il tempo di ritornare in se stesso, meditare sul suo dritto per quanti giorni gli accorda la legge, ed appellare? Egli non è l'esecutore della sentenza, perchè *non professus est se a iudice non provocaturum* 7).

14. Chi di fatti può presumere ch'egli

1) *Negativa* NON *praeposita verbo* POTEST, *tollit potentiam iuris et facti, et inducit necessitatem praecisam, designans actum impossibilem*. Brocardico così tratto dalle parole *stipulatio* NON POTEST *confici* della l. 1, D. XLV, 1, *De verb. obl.* — V. CARLO MOLINEO, tom. 3, pag. 18, n. 2.

2) Hor. Od. III, 29, v. 46.

3) L. 170, *De reg. iuris.*

4) D. l. 29, C. II, 3, *De pactis.*

5) L. 27, *De reg. iuris.*

6) D. l. 27, *De reg. iuris.*

7) L. 1, § 3, D. XLIX, 2, *A quibus appellari non*

abbia affissa questa idea al suo fatto, s'egli a quell'*epoca* non conosceva ancora i vizii dell'atto, nè i motivi di nullità, o sia di rescissione che la lettura di esso gli avrebbe fornito? Nè vale il dire ch'ei sapeva ciò di cui si trattava. Le nullità di un atto non possono conoscersi, se non quando l'atto è formato e conosciuto. Come sapere altrimenti se in una sentenza siasi legalmente risposto alle domande, se i limiti della giurisdizione siensi serbati, se siasi ben distinta la quistione di dritto da quella di fatto, se siano i fatti elementari d'accordo o in contraddizione con l'ipotesi della legge, e se la legge sia stata ben applicata? Perchè una conferma o ratificazione espressa produca la rinunzia alle eccezioni di nullità d'una obbligazione tra i privati che son padroni delle loro cose, l'art. 1292 ll. cc. esige tre condizioni; I, che vi si esprima la sostanza dell'obbligazione; II, che vi si esprimano i motivi dell'azione di rescissione; III. che vi si esprima la volontà di correggere il vizio sopra cui tali motivi son fondati. Perchè poi l'esecuzion volontaria equivalga alla conferma e ratificazione espressa, è necessario, dice l'art. medesimo, *che l'obbligazione venga volontariamente eseguita dopo l'epoca in cui l'obbligazione poteva essere validamente confermata* o *ratificata. Nell'epoca e nelle forme così determinate della legge l'esecuzione volontaria produce la rinunzia.* Non prima dunque di quest'epoca può dirsi conosciuta chiaramente e senza equivoco tanto la sostanza dell'obbligazione, quanto il motivo della nullità e rescissione. Può egli mai avvenir ciò, quando non ancora la sentenza è pubblicata, nè compiuta in tutte quelle parti che possono dar luogo alla nullità? Può egli pria di quest'epoca presumersi *volontà tacita per correggere il vizio in cui l'azione di rescissione può esser fondata*, se non può ancora spiegarsi volontà espressa? È pure non è certo lo stesso il caso della obbligazione per contratto di cui parla l'art. 1292, ed il caso della necessità che impone il giudicato. La sentenza, per lo trascorrimento del tempo passa in giudicato di per se stessa *et vi sua*, mentre la rinunzia delle parti, o espressa con una stipulazione, o tacita per l'esecuzione, non fa altro che interdire il gravame fino al giorno in cui la legge rende giudicato la sentenza. Per lo che ove cada mai disputa sull'efficacia del giudicato, non si guarda altro fuor che, se il termine sia trascorso senza gravame; e dove esista gravame cui erasi rinunziato, non altro fuor che se la rinunzia ad esso, o espressa o tacita, sia legale, e se chi rinunziò avea facoltà di farlo, oppure non l'aveva, siccome avverrebbe per un tutore 1).

15. Il che dimostra che la stessa esecuzione prematura nelle cause civili debb'esser fatta con piena scienza della cosa perduta, e con deliberazione di rinunziare al gravame; e ciò presuppone il dritto assoluto sulla cosa litigiosa, e la facoltà intera di litigare o transigere. Ma chi è che ha facoltà di transigere intorno alla pena o alla libertà nelle cause criminali 2)? Cause tutte d'ordine pubblico, nelle quali il procuratore del Re non può trascendere il suo mandato, che gl'interdice ogni rinunzia espressa al gravame. Come dunque si potrebbe permettergli la tacita. S'invoca dal resistente al ricorso l'art. 13 dell'abolito decreto del dì 3 di aprile 1812: ma questo parlava evidentemente della esecuzion volontaria delle parti che son padrone delle cose decise; e la significazione della frase, *esecuzione volontaria*, non poteva essere in quel decreto, che quella che l'art. 1338 del cod. civile, allora in vigore, intendeva, il quale art. è lo stesso, e pel caso e ne'termini medesimi dell'art. 1292 delle attuali *leggi civili*.

16. Al che si aggiunge che anche quando le parti sono sì padrone di sè, che per esse sole fu scritto, *ab executore sententiae, appellare non licet* 3), il giureconsulto Macro sottopose tal regola all'eccezione, *purchè l'esecuzione non sia nata da errore* o *da falsa interpetrazione della sentenza*. E benchè l'antico procuratore di Cesare nelle cause civili (che egli non era certo il procurator generale del Re nelle nostre cause criminali) *in-*

licet. — Art. 387 e 1928 ll. cc.
1) Art. 390 ll. civ. — V. Voet in pand. *De trans.* n. 2.
2) Art. 7 e 1918 ll. cc.—L. 45, *De regulis iuris.*
3) L. 4, D. XLIX, 1, *De appellat.*

terpretationis potestatem habuit, tamen in causis appellationis reddendis hoc quaeratur, an iure interpretatum sit? idque etiam divus Antoninus rescripsit 1).

17. Da'quali principii della romana sapienza la discussione di questo primo motivo d'irricevibilità del ricorso, può distinguersi in due quistioni. La prima è assoluta e generale: *l'esecuzione data ad una decisione criminale in pendenza de'termini a ricorrere, forchiude dal dritto del ricorso il pubblico ministero?* La seconda è per un caso il quale sol quando la parte è padrona di sè e delle sue cose, potrebbe avverarsi, e quindi nella causa presente ella non è che subordinata e per soprabbondanza di ragioni: *la esecuzione di cui ci occupiamo fu accompagnata da certa scienza, o nacque da errore e da falsa interpetrazione, senza colpa di chi ne ha tollerata l'esecuzione?*

18. Prima quistione.—Intorno a questa abbiamo già ragionato abbastanza (§ 10 a 15). Ma nella causa si sono messi da una banda e dall'altra tutti gli scrittori di giurisprudenza francese in movimento: si sarebbe detto che la pendenza sia innanzi alla corte suprema, non di Napoli, ma di Parigi: e pure le nostre leggi, e particolarmente le relative a questa pendenza, ne sono tanto diverse! Ed in prima si sono aperte le collezioni delle decisioni, per desumerne l'autorità delle cose similmente giudicate; poi si sono squinternati tutti i volumi de'comentatori: dotta, ma non necessaria fatica. Raccapitoliamola, affinchè di quanto ora se n'è scritto, nulla sembri con negligente silenzio da noi pretermesso.

19. Il caso che si presentò in Francia a' primordii della nuova legislazione, fu di un Italiano imputato di reato correzionale, *Salza*, di cui si ordinò la libertà, *di accordo col ministero pubblico*: anzi il m. p. ne'giorni ancor utili per appellare eseguì la sentenza pubblicata all'udienza, pubblicazione che le leggi francesi danno qual modo unico onde indurre piena scienza delle pronunziazioni penali (§ 12). Egli poscia appellò pria del giorno ultimo del termine. — Si dimandò, se l'esecuzione di ciò che avea richiesto il ministero pubblico, e che il giudice aveva quindi ordinato, chiudeva a lui l'adito all'appellazione? La corte di appello decise per l'affermativa. Ma la corte di cassazione, la quale già in molte altre cause avea deciso che il ministero pubblico non perdeva il dritto al gravame contro le sentenze e decisioni criminali pronunziate uniformemente alle sue conclusioni 2), nel 16 giugno 1809 decise in questa di *Salza* « che il magistrato incaricato della « pubblica vendetta non può abbreviar il « termine fissato dalla legge, nè rinunziare alle facoltà che dessa gli accorda: — che perciò la corte d'appello « non doveva per semplice induzione argomentare in lui acquiescenza legale. « una con gli effetti che il consentimento « il più formale non avrebbe potuto produrre; donde segue che con eccesso di « potere, e violando gli art. . . . (*e qui si citano gli art. delle ll. fr. relativi al termine onde appellare*) si è dichiarata inammessibile l'appellazione del « pubblico ministero: — per ciò cassa ed « annulla 3). »

20. Seguono moltissimi altri arresti simili a questo 4). Dalla folla n'emergono due, ne' quali le massime sono più generali e assolute. Il primo è quello del 13 dicembre 1824, con cui è annullata la

1) D. l. 4, § 1, D. *De appellationibus*.

2) Carnot, instr. crim., nella prima edizione del 1812, art 408, n. 34, vol. 2, pag. 374 e 375, difende a spada tratta la ricevibilità del gravame in questo caso, con far sue le parole della corte di cassazione del 20 nov. 1811: *Conchiudendo il proc. generale in una causa, non esprime che la sua opinione individuale, e s'egli si è ingannato, il suo errore non può pregiudicare alla società: la legge ha espresso con precisione i casi nei quoli la via della cassazione è chiusa a coloro che se ne privano per qualche fallo: tra questi non vi è quello di aver essi conchiuso uniformemente a ciò che poi si è deciso; e non è permesso di estendere i casi di irricevibilità de' gravami da un caso all'altro.* — V. Berriat, *Cours de droit. crim.*, edit. 1821, pag. 23 e 24.

3) Sirey, X, parte prima, pag. 20.

4) Li riferisce Merlin, repert. alla parola *Appel*, § 8, ed alla parola *Notaire*, § 3, n. 2, fra i quali ve ne ha uno del 14 piov. anno XII, a rapporto di Carnot. — Li riferisce Dalloz alla parola *Acquiescensa*. — Li riferisce lo stesso Carnot, al luogo sopra citato, nella prima edizione del 1812, ed anche nella seconda del 1829, all'art. 373, vol 2, pag. 783, *osservazioni addizionali*, n. 4, ov'egli comincia a mostrare qualche dubbio della teoria (*raisons qui nous en font douter*), ma non la rifiuta.

decisione della corte reale di *Nimes*, la quale aveva ammesso un motivo d' irricevibilità (*fin de non recevoir*) contro l'appellazione del ministero pubblico, per aver egli in suo nome ed in pendenza dei termini fatta notificare la sentenza al reo, non solo senza protesta, ma con ordine di uniformarvisi, al che il reo adempì. E le ragioni dell'annullamento sono, « perchè il magistrato incaricato della per« secuzione d' un' azione che interessa « l' ordine pubblico, non può abbreviare « i termini che la legge stabilisce, nè « rinunziare alla facoltà ch' ella gli con« cede; — che la corte reale ha creato « un mezzo d'irricevibilità arbitrario: quin« di eccesso di potere, e violazione de« gli art. . . . . . non meno che del« l' art. 2045 del cod. civile; e per que« sti motivi cassa, ec. 1). » — Il quale art. 2045 del cod. civ. francese, non è che il nostro art. 1917 delle *leggi civili*, ov' è statuita l' antica massima del dritto romano: *per transigere, è necessario che si abbia la capacità di disporre degli oggetti compresi nella transazione*. E ciò fa ritornare tutta la controversia al principio, che nelle cause criminali il fatto delle parti non può mai intorbidare il dritto stabilito con le leggi che risguardano l'ordine pubblico, salvi i casi espressamente disegnati dalle leggi medesime (*sup.* § 10 e 14).

21. L' ultimo arresto è di data assai recente, 10 giugno 1836. Prima del trascorrimento de' termini il ministero pubblico fece inscrivere nel registro delle prigioni, qual condannato ad un anno ed un giorno di prigionia, un certo *Lambres*. Ciò, ha detto quella corte suprema, non avrebbe potuto constituire un mezzo di inammessibilità contro il ministero pubblico s' egli avesse voluto appellare: perciocchè « i motivi d' inammessibilità non « possono crearsi: le sole sentenze d'in« teresse privato in materia civile non « possono essere attaccate per la via di « appello dopo che sono state eseguite « (§ 13 e 14); ma riguardo alle materie « criminali ed alle pene che vi si pro« nunziano, l' appello è d' ordine pubbli« co; ed una esecuzion prematura, anche « col consenso del condannato, non po« trebbe impedire un richiamo che la « legge accorda al pubblico ministero, nè « dare alla sentenza quel carattere defi« nitivo ed irrevocabile, ch' ella non può « ottenere che dal trascorrimento del ter« mine legale durante il quale ella è sog« getta all' appello 2).

22. Non vi ha dunque esempio di cosa giudicata in Francia che offuschi la limpidezza della teoria che noi sosteniamo. Tutti poi gli scrittori vi sono di accordo; Merlin 3), Bourguignon 4), Berriat-Saint-Prix 5), Legraverend 6), Dalloz 7), Rauter 8), e lo stesso consiglier Carnot del 1812 9). Solamente il medesimo Carnot, ma negli anni a noi più vicini, ne ha mosso dubbio nell'ultima sua opera, *Della disciplina giudiziaria*. Tutto il suo ragionamento si riduce al seguente. — L' appellazione o il ricorso sono gravami volontarii: il ministero pubblico che o non appella o non ricorre nel termine che gli accorda la legge, produce per fatto sempre dipendente dalla sua volontà, il passaggio della sentenza o decisione in cosa giudicata, ma questo passaggio non è da lui che implicitamente voluto: per qual motivo egli non andrà all' istesso effetto in forza della stessa sua volontà, ma espressa sì chiaramente ed esplicitamente, quanto lo è l' acquetarsi alla decisione, ed eseguirla?

23. A' quali principii si è risposto dalla parte ricorrente con altri principii dello stesso Carnot del 1829 10). Io però al

1) Sirey, XXV, parte I, pag. 212.

2) Continuaziene del Sirey, anno 1836, parte prima, pag. 848.

3) Loco superius cit., pag. 506, nota 4.

4) Man. d'instr. crim., art. 204.

5) *Cour de droit crim.*, 1821, pag. 24, nota 23.

6) *Traité de legislation crim.* vol. I, pag. 364 e 365, e vol. II, pag. 428

7) Loco superius citato, pag. 506, nota 4.

8) *Traité théorique et pratique de droit crim.* pubblicato in Bruxelles nel 1837, ove alla *nota* 4 della pag. 437, § 764, così si conchiude: *La liberazione avvenuta prima che sieno spirati i termini non importa già acquiescenza che renda il ministero pubblico non ammessibile a produrre il gravame contro la sentenza di libertà*; e vi cita altri esempii di cose giudicate anche in *Bruxelles*.

9) Loco superius cit, pag 506, nota 2 e 4.

10) Ediz. del 1829, art. 206, n. 4, ov'ei dice che le ragioni di decadenza da un gravame, sono *di stretto dritto*, sì che nel silenzio della legge non possono venir esse supplite con l'interpetrazione, ed altrove dice egli stesso che una decisione prende carattere di cosa giudicata *solamente pel trascorri-*

ragionamento di un autore illustre del dritto nuovo, amo qui rispondere col ragionamento di chi, giudice lui, è certo *non sordidus auctor iuris antiqui verique* 1). **Erennio Modestino**, discepolo di **Ulpiano**, consultore dell' imperator Gordiano, e maestro di Massimino, proconsolo, scrisse nel suo trattato, *Delle differenze*, che tutte le condizioni riposte nel fatto di alcuno, si risolvono sempre nel suo buon volere: con tutto ciò, *in alienam voluntatem conferri legatum non potest*. Ma se si richiede per condizione un fatto certo, benchè dipendente dall'altrui volontà, valido è il legato. Tal è la condizione, *se Mevio ascenderà sul Campidoglio*. Perciocchè, sebbene in arbitrio di *Mevio* sia l' ascendervi, o non ascendervi, sì ch' è in sua volontà il far sì che il legato sia utile, ei non può renderlo tale con altro fatto di manifestazione del voler suo, fuor che con questo che il testatore espresse: *expressa nocent*, *non expressa non nocent* 2). E tali sono tutte le condizioni, riposte in non far qualche cosa per un dato tempo, come sarebbero le nostre prescrizioni di venti, di dieci, di cinque, di due anni, di tre mesi, ec.: ciò dipende talvolta dalla volontà, ma ella dev' esser manifestata soltanto col perseverante silenzio in tutto quel tempo. Così pure sarebbe strano e contrario all' ordine pubblico, il dire che il passaggio d'una decisione criminale in cosa giudicata *in voluntatem partium confertur*. Ma se questa volontà si mostra col far trascorrere i termini senza gravame, a questo solo fatto la legge attacca espressamente il passaggio della sentenza in cosa giudicata, ed è la sua volontà in questo sol caso da lei espresso, non la volontà indefinita delle parti, che ciò produce. Imperocchè la legge non vuole, che dalle facoltà ch' ella accorda, si dichiari decaduto alcunò, e meno l'agente del governo, per un fatto di prematura e precipitosa esecuzione, avvenuta improvvidamente o per sollevamento di mal represse passioni, o per error momentaneo che faccia velo al giudizio: vuole bensì che ciò avvenga unicamente per lo trascorrimento del tempo, affinchè chi vi ha dritto, *mentis tranquillitate recepta*, *ad supremam actionem veniat cum intellectu animi et consilio* 3). Il che si riduce a ciò che lo stesso **Carnot** del 1829 in altri luoghi pur dice, che i motivi di decadenza al ricorso sono *di stretto dritto*, che non debbono crearsi per argomenti nè per induzioni, e che non possono mai sorgere per interpetrazione, quando il caso non viene espresso dalla legge. *Non expressa non nocent* 4).

24. Se non che lo stesso **Carnot**, il quale ora dubita della sentenza di cui non dubitarono i suoi sedici colleghi del 1809, i sedici del 1824, i sedici del 1836, epoche la cui distanza fa supporre la successione di molti e diversi giureconsulti nella corte suprema di Francia 5), di cui non dubitò il ministero pubblico rappresentato da diversi procuratori-generali ed avvocati-generali, di cui non dubitarono tutti gli altri scrittori di dritto penale fino a questo giorno, questo stesso **Carnot** suppone sempre che sentenza o decisione vi sia, che questa sia stata compilata in tutte le sue parti, e che sia stata pubblicata. E siccome in Francia le decisioni criminali non si notificano, se non nei casi di procedimenti contumaciali, ma la lor pubblicazione sola vale per notificazione e per cominciamento de' termini, così ei parte dalla ipotesi che la decisione sia stata eseguita con la piena scienza di essa e della sua motivazione. Ma che direbb' egli, se una decisione di libertà, fatta senza giurati (come accade in Francia nelle cause correzionali), non fosse stata motivata, nè pubblicata 6); se dall' interno della camera delle deliberazioni il presidente avesse spiccata un'ordinanza di escarcerazione, *vista* la semplice conseguenza ultima della dispositiva, senza farla conoscere derivata da risoluzione di quistion di fatto o di dritto; se il ministero pubblico solamente non si fosse opposto, che l' ordinanza fosse eseguita; e se in ultimo quando questo magistrato avesse letta la tarda compilazione

mento de' termini. — V. la nota 2 alla pag. 506.

1) *Iudice te non sordidus auctor naturae verique*, disse **Orazio** di **Pitagora**, Od. I, 28, v. 14.

2) L. 52, D. XXXV, 1, *De conditione et demonstratione*.

3) L. 5, cod. theod. *De accus. et inscript.*

4) **Carnot**, edit. 1829, d. art. 206, n. 4, pag. 134.

5) Ivi, come ognun sa, ogni camera della corte suprema è composta di sedici consiglieri.

6) Nella stessa edizione del 1829, in fine del

della decisione, vi avesse trovato la dispositiva stessa disforme da quella che indicava l'ordinanza? Questo è il caso nostro, e non quello su cui dà il suo nuovo avviso un giureconsulto, chiarissimo per se stesso, e più chiaro per l'illustre uome che porta.

25. Così pure diversa a cielo è l'ipotesi dell'arresto della nostra corte suprema del dì 4 di febbraio 1820, al quale ugualmente il resistente al ricorso si richiama. — *Antonio Toraldo* era stato condannato a prigionia per omicidio commesso sotto l'impero del cod. francese, omicidio dichiarato escusabile perchè provocato da percosse 1): la decisione n'era stata interamente compilata e pubblicata: si dubitava solo. se del pari ch'era stata notificata al condannato il quale non ne avea prodotto richiamo, fosse stata anche nocificata al pub. min.; notificazione, ripeto, che le leggi francesi non richiedono (§ 19). Il condannato però avea richiesto al procurator-generale d'essere inviato alle prigioni del suo comune per espiarvi la pena; ed il procurator-generale ve lo inviava effettivamente con lettera al giudice regio, nella quale era espresso, ch'ei glielo rimetteva in forza di quella decisione, e nel fine appunto che *Toraldo* vi espiasse la sua pena. Dopo di ciò trascorsero altri venti giorni, quando lo stesso procurator-generale produsse ricorso contro la decisione, quasi che non risultando d'essergli stata quella notificata, il termine de' tre giorni non fosse ancora incominciato per lui. Io lo sostenni, fondando il mio avviso sulla differenza tra le leggi francesi e le nostre: imperocchè le francesi aprono sempre il termine co'rei presenti per la sola pubblicazione, e le nostre in alcuni pochi casi son contente della pubblicazione 2), ma a riguardo delle decisioni terminative della causa, esigono sempre la solenne notificazione 3). La maggioranza però della corte suprema credette la comunicazione della decisione al ministero pubblico equivalente alla notificazione per atto di usciere 4); rilevò questa comunicazione dalla lettera stessa del procurator-generale al giudice regio: calcolò i giorni dalla data di tal lettera al ricorso essere non tre, ma venti; e dichiarò decaduto il m. p. dal suo dritto, non già per l'esecuzione in pendenza dei termini, ma pel loro effettivo trascorrimento. Nè questo fu il solo motivo; perchè il ricorso nemmeno era stato intimato al condannato. Così la decisione fu annullata semplicemente nell'interesse della legge; anzi per gli erronei principii che avevano adottato i giudici, e per la condotta che aveano tenuta, tanto essi, quanto il procurator-generale sottoposti vennero a censura 5).

26. Or come mai possiamo trarre da questo arresto la generale definizione di dritto 6), che il ministero pubblico de-

suo comento all'art. 216 dell'instr. crim., vol. 2, pag. 173, CARNOT fa la seguente osservazione addizionale: « la corte di cassazione giudicò nel dì « 23 aprile 1829, che nulla è la decisione i di cui « motivi non sieno stati *pronunziati pubblicamente* « *all'udienza*; perchè i motivi sono della essenza « della decisiono; o per conseguente debbono esse- « ro, sotto pena di nullità, congiuntamente alla « dispositiva pronunziati all'udienza pubblica ». — V. l'art. 233 pr civ.

1) V. le nostre *Quistioni*, la *nota* 3 alla pag. 126 e la *nota* 5 alla pag. 180.

2) Art. 180 e 213 pr. pen.

3) Art. 310 pr. pen. — V. appresso il n. VI.

4) Nella causa presonte non vi è affatto notificazione per atto d'usciere al pubblico ministero, ma solamente comunicaziono della decisione fattagli dal cancelliere nel dì appunto del 28 dicembre; e pure si concede, che questa valga per notificazione. V. il n. VIII, pag. 184.

5) Arresto della corte suprema nella causa di *Antonio Toraldo*, 4 febb. 1820, CANOFARI comm., NICOLINI m. p., e processo verbale di censura del medesimo giorno. — Da questo arresto, e per conseguente a' termini di quest'arresto, trae lo stesso consultor CANOFARI nel suo pregevolissimo *Comentario alla proc. pen.* il suo avviso, diverso da quello che da noi fu spiegato in quella causa: ei sostiene, che l'esecuzione chiude l'adito al ricorso. Lo chiude cioè nelle circostanze che precedettero ed accompagnarono la causa *Toraldo*. Cangiatele, e tale avviso diventa inapplicabile. — Niun altro esempio di questo genere si è poi dal 1820 riprodotto; per lo che non può dirsi che anche l'avviso adottato dalla maggioranza per le circostanze particolari della causa *Toraldo*, formi autorità *rerum similiter perpetuo indicatarum*. Ve ne ha bensì delle analoghe, se non dalle simili, in senso contrario. Tale è quella per *Aniello Borrelli*, della quale abbiam parlato alla *nota* 1 del § 3, del n. VIII, pag 365, e l'altra per *Cepparulo e Scola*, di cui faremo appresso qualche cenno.

6) *Definitio iuris* è lo stesso, che *regula iuris*, o sia *massima di giurisprudenza*, l. 1 *De reg. iuris* Ed in questo senso fu detto da GIAVOLENO: *omnis definitio in iure periculosa est: parum est enim ut non subverti possit*, l. 202 *De reg. iuris.*

cade dalla sua facoltà di ricorrere per la sola esecuzione che dà alla decisione? Cambiate d' una circostanza il caso dell'arresto, *et definitio parum est ut non subverti possit:* come *subverti potest* in Francia la definizione che dalle ragioni della legge vuol trarre il CARNOT 1), la quale poi *subvertitur funditus* per noi, perchè tolta dalla ragione d' una legislazione forestiera, si vuol applicarla alla nostra tanto da quella dissimile.

27. Nella causa attuale la decisione fu comunicata al min. pubblico nel dì 28 dicembre. Ed essa qual ora si legge, *in rerum natura non erat* 2), quando nel dì 29 settembre ottenne l'accusato la sua escarcerazione. Questa dunque, questa decisione qual ora si legge, questa contro di cui si è prodotto ricorso, non solo non fu ciò che si mandò in esecuzione nel dì 29 di settembre, ma non poteva esserlo. In quel dì 29 di settembre non esisteva che il foglio interno delle deliberazioni della camera del consiglio, ov'è trascritta la sola dispositiva; ma nemmeno questa fu pubblicata, nè fu comunicata al pubblico ministero, nè è identica a quella che si legge nella decisione comunicata nel dì 28 dicembre. Nemmeno dunque è il foglio interno quel che venne eseguito. A che dunque si cita l' arresto di questa corte suprema del 1820? a che CARNOT del 1829? Sol ebbe esecuzione un' ordinanza del presidente. Passiamo all' esame di questa.

28. SECONDA QUISTIONE —Vediamo come ed in quali circostanze l' escarcerazione dell'accusato venne eseguita. Così tratteremo utilmente la seconda quistione che noi abbiam chiamata *subordinata* e *soprabbondante* (§ 17); perchè da questa discussione si conoscerà che il preteso esecutore non solo fu indotto in errore intorno all'indole della decisione, ma non credette, nè potette mai credere di eseguirla.

29. Nella esecuzione delle decisioni criminali non lieve è la differenza tra la nostra legislazione e la francese; e questa dipende principalmente dal metodo della di loro compilazione. In Francia le decisioni criminali si compilano motivate nella camera delle deliberazioni nel momento stesso che vengono deliberate, ed immediatamente se ne fa la pubblicazione all'udienza in presenza della parte pubblica e delle parti private 3): da questo momento cominciano a trascorrere i termini per quelle che ammettono ricorso (a). Presso di noi non si notano sul momento, che le sole risoluzioni delle quistioni nel verbale interno della camera del consiglio 4), e di esse sole nelle definitive si fa la pubblicazione a pena di nullità 5). Commessa allora ad uno de'votanti la estensione della intera decisione, questi fra le 24 ore; o al più fra tre giorni, se la causa è molto complicata, compila la motivazione, o sia le considerazioni della dispositiva 6): egli poi le presenta all' approvazione del collegio, e le passa al cancelliere, perchè costui le trascriva nel foglio interno della già presa deliberazione, onde facciano unità con questa 7).

30. Chiaro è da ciò che appo noi non può bastare per la scienza di quello che si è deciso, la sola pubblicazione. *Se i motivi sono della essenza della decisione* 8), prima d' essi decisione non v' è, ed è necessario, che quando ella è poi compilata, sia notificata al ministero pubblico, all'accusato ed alla parte-civile 9). Solo allora comincia la sua sussistenza legale; solo allora vi si comincia ad imprimere la forza necessaria per la sua azione; solo da tal notificazione incominciano i termini o dell'appellazione 10), o del ricorso. In pendenza della estensione delle considerazioni sa-

1) Perciocchè nella legge 21 *De legibus* da noi citata al § 10, NERAZIO fa uso della stessa espressione di GIAVOLENO *multa certa subvertuntur*, quando alcuno dalla ragion della legge vuol trarre, a forza di esagerare assurdi, una massima che non a tutti i casi è adattabile.

2) L. 135 *De reg. iuris.*

3) Abbiamo citata sopra di ciò, in piè del § 24, p. 508 nota 6 l'autorità di CARNOT, ediz. del 1829.

(a) *L'istesso sistema è stato accolto oggidì con le novelle leggi di procedura penale.*

4) Art. 303 pr. pen.

5) D. art. 303, e legge de' 9 dicembre 1825 — Art. 241 del regolamento.—V. appresso il n. VI, ed il n. VII.

6) Art. 545 e 546 del regolamento.

7) Art. 76, 355, 540 del regolamento.

8) Parole della detta autorità del CARNOT, ediz. del 1829, riportate sopra alla pag. 508, nota 6. — Art. 219 l. org.

9) Art. 304 pr. pen.

10) Art. 373 pr. pen.

rebbe follia il creder possibile l' esecuzion legale della decisione: non si può eseguire ciò che ancora non è, nè secondare l' impulso d' un' azione che non esiste. Abbiamo osservato, che anche Carnot del 1829, e la nostra corte suprema del 1820, non parlarono che di decisioni perfettamente compiute, alle quali nulla manchi di ciò che ad esse è essenziale per dirle decisioni (§ 24 e 25). Compilata l'intera decisione e notificata, allora in pendenza del termine ad appellare o ricorrere, la esecuzione è possibile in fatto, ma è impossibile per dritto 1): chè in questo caso soltanto può esservi opposizione tra il fatto ed il dritto.

31. Trascorsi i termini senza gravame, o rigettato il gravame, la decisione o sentenza diviene *esecutoria*. I magistrati incaricati del ministero pubblico sono destinati *ad invigilare alla regolare esecuzione de' giudicati* 2). Essi dunque non ne sono gli *esecutori*, mai *i vigilatori per la regolare esecuzione*. Di fatti presso di noi l' esecuzione delle condanne a tempo, qualunque sia la pena, non prende carattere, come avviene in Francia, dall' invio effettivo all'esilio, alla casa di correzione, alla casa di reclusione, a' luoghi de' lavori forzati, nè da alcuna esposizione al pubblico o gogna; ma *ogni condanna s' intende cominciata ad espiare pei detenuti dal giorno in cui è divenuta irrevocabile* 3): il tardo invio al luogo effettivo della pena non pregiudica il tempo della pena il quale sia trascorso nel carcere. Gli ordini poi, dice l' art. 563 del regolamento, *gli ordini di escarcerazione saran passati al ministero pubblico per la corrispondente esecuzione firmati dal solo presidente* (a).

32. E ciò avvenne nella causa di cui

1) Art. 310 e 384 pr. pen. — V. *sopra* § 12.
2) Art. 149 della l. org.
3) Art. 62 ll. pen.

(a) *Seconda il novello codice penale: « Ogni condanna temporaria riguarda ai detenuti comincia a decorrere dalla data della sentenza, selva « quanto è dispasta per la pena del carcere nell'ultima alinea dell' art. 56 (art. 72) ». In questa ultimo alinea è stabilita che il carcere sofferta dal condannato prima della sentenza potrà essere camputato nella pena del carcere imposta pel reata! Sebbene la legge ammette il computo del carcere preventiva con quella da applicarsi dal magistrato al seguita della dichiaraziane di reità, e quindi strettamente parlanda non patrebbe in qualunque altra ipotesi di pena maggiore o minore tenersene conta, pure la giureprudenza dei nostri tribunali compensa il carcere preventiva con gli arresti e le pene di canfina od esilio incarse dal giudicabile: nai crediamo che cotesta giureprudenza se-non è canforme alla parola, risponde al concetta della legge, la quale nan dee reputarsi illagica fino al punto di aver valuto compensare il carcere col carcere, e nan già con le pene minori, che possona essere davute al giudicabile.*

Seconda le leggi del 1819 si ritenne, come avverte il nostro autare, che la candanna s'intendeva incaminciata ad espiare pei detenuti dal giarna in cui era divenuta irrevocabile, sul cancetta che nan può dichiararsi incominciata la esecuziane di un atta non ancara esistente. Ma una delle due, a la sentenza è attaccata da un gravame, e questa è rigettato, ed allara restanda ferma la prima sentenza produce il suo effetta di designare il dies a quo *della espiaziane della pena pel detenuto; ovvero è annullata, ed allora il dì della espiazione comincerà da quella della navella sentenza.*

In Francia si stabilì che ave la sentenza di condanna è impugnata dal giudicabile (art. 24), dovea incominciare la espiazione della pena dal dì in cui divenia irrevocabile. Nan così se il gravame era prodatta dal pubblico ministero, nel quale caso non essendavi calpa da parte del condannata era mestieri in caso di rigetta calcolare la espiazione della pena a cominciare dalla data della prima sentenza.

Secondo il nastra dritta, o attaccata dal giudicabile o dal pubblico ministera la sentenza di condanna, in caso di rigetto del gravame sia ardinaria, come l' appella, sia extraardinaria, come il ricorso, l'epoca della espiaziane sarà sempre quella della prima sentenza diffinitira di candanna; e crediamo sia ugualmente così, ave la Corte di Appella rifarmi in parte la sentenza dei primi giudici: il dies a qua *per la espiazione della pena sarà sempre la primitiva condanna tuttochè rifarmata, sia riducenda la pena su la istanza del condannata, sia accrescendola su l' istanza del Pubblico Ministero.*

Ma ave la sentenza sia annullata al seguito di ricorso pradatta alla Carte di Cassaziane, sia dal Pubblico Ministera, sia dallo stessa imputata, e nel nuova giudizia venne pronunciata una pena uguale o minare di quella applicata con la prima sentenza messa nel nulla, il dies a qua *per la espiazione della pena sarà quello della nuava sentenza, non potendo attribuirsi alcuna effetta alla precedente annullata dalla Carte di Cassazione:* quod nullum est nullum producit effectum; *sebbene per eccezione singalarissima del novella dritto la pena applicata in un primo giudizio, non può essere accresciuta dalla Carte di rinvio quando la prima sentenza nan fu rivacata sul ricorso del Ministera Pubblico (art. 419 e 678 cod. proc. pen.): è questa una misura equitativa, aggi ricanasciuta anche nociva nella pratica, perchè moltiplica all'infinito i gravami, e la quale non può guidare a maggiori conseguenze di favore ai giudicabili. Sola le Corti di merita devona essere accorte, ave si tratti di davere applicare in grado di rinvio la pena del carcere, di tener conto*

trattiamo. Quando ancora niuna dispositiva di decisione era nota al ministero pubblico per via della pubblicazione, quando niuna motivazione, non che notificazione era stata ancor fatta, il presidente diè fuori la seguente ordinanza :

« Ferdinando Secondo, ec.

« Noi presidente della gran-corte crimi-« nale della provincia di Napoli,

« Vista la decisione del corrente gior-« no, con cui si è ordinato che *F*........ « *C*.......... del fu A...... di anni 46, « proprietario di *Parenti* in Calabria-ultra, « incolpato I, di falsità in iscritture pri-« vate a danno di D. *Pietro Pangrati*; II. « di complicità nella falsità su' pubblici « registri del ricevitore *de Bonis*; III, di « complicità nell'involamento de' suddetti « registri, sia messo in libertà assoluta pel « primo e secondo carico, ed in libertà « provvisoria pel terzo:

« Visto l' art. 563 del regolamento di « disciplina per le autorità giudiziarie:

« Ordiniamo, che il suddetto *F*......... « *C*.......... sia escarcerato, e che il pre-« sente ordine da noi firmato si passi al « pubblico ministero per la corrisponden-« te esecuzione.

« Napoli, 29 settembre 1837. — Il con-« sigliere della corte suprema, e presiden-« te, della gran-corte, Altimari. — Visto, « il proc. gen. del Re, Romano.

33. E ben si avverta che qui non si fa menzione di testo citato per la libertà assoluta, onde si travegga almeno il motivo di questa. Dunque di fatti proprii al proc. gen. non vi abbiamo altro, che quel *visto*: l'escarcerazione effettiva dell'accusato procedette per se stessa in vigore d' un' ordinanza cui diede esecuzione il carceriere. Diverso fu il caso di *Toraldo* in cui la esecuzione non fu dell' ordinanza del presidente, ma della stessa già compiuta decisione di condanna, nè fu per un semplice *visto* del procurator-generale, ma per di lui lettera, nella quale egli spiegava di conoscere la decisione, e di volerla eseguita. Un *visto* semplice, benchè apposto alle decisioni pubblicate ed interamente compilate e soscritte, non ne fa argomentarne di per se stesso la scienza. Così nella causa *Cepparulo* e *Scola* il ministero pubblico aveva opposto nel dì 26 giugno 1834 il suo *visto* ad una decisione di assoluzione della gran-corte criminale di Terra di lavoro, decisione compintamente estesa e soscritta; e quindi nel dì 29 appose altro *visto* al ricorso della parte-civile per farlo intimare a' rei già prosciolti da ogni modo di custodia esteriore. Notificatagli però formalmente la decisione stessa nel dì 7 luglio, egli nel dì 9 ne produsse ricorso. Ed invano gli si oppose un motivo d' irricevibilità per que' suoi *visto* del 26 e 29 giugno: il ricorso fu accolto, e la decisione annullata 1).

34. Ma sia pure che questo *visto* all' ordinanza importi *scienza acquiescenza, e volontaria esecuzione*. Qual cosa è stata mai eseguita? non altro che l' ordinanza. A che si è acchetato il ministero pubblico? alla sola escarcerazione. E di che ha avuto una conoscenza vaga? egli nel proemio dell' ordinanza lesse, come *vista* semplicemente dal presidente, la sola conseguenza ultima d' una decisione, per cui l' accusato per due carichi era stato messo dalla gran-corte in libertà assoluta, e per il terzo in libertà provvisoria. È un *visto* di un altro *visto*. Ma la libertà assoluta si era ella accordata per risoluzione di quistione di fatto o di dritto? La decisione era stata o no compiutamente formata? Era ella motivata? Era rivestita delle forme d' ordine pubblico prescritte a pena di nullità? A tutto ciò non risponde, nè può rispondere l'ordinanza. Ella non prescrive che la *escarcerazione*. Ha questa forse in se stessa una impronta certa, come l' ha l' esser chiuso nel bagno o nel presidio o nell' ergastolo, che porti seco il carattere vero dello stato ultimo della causa? E niuno questa *escarcerazione* semplice ne ha ricevuto da altri atti; da poichè non se ne prese nota, d' accordo col ministero pubblico, in piè della decisione 1); nè l' accusato

di quello preventivo sofferto nelle non brevi more del giudizio in tali casi; e quando si trattasse di pene criminali per le quali la legge non dà facoltà di tener conto del carcere preventivo, terranno calcolo di questo nell' applicazione della pena, attenendosi al minimo o medio del grado secondo le circostanze dei casi.

1) Arresto del 24 settembre 1834 nella causa di *Giuseppe Cepparulo e Giosuè Scola*, di Giovanni comm., Nicolini m. p.

1) Il cancelliere della gran-corte criminale prenderà nota in piè di ciascuna decisione della esecuzione che sarà stata data alla stessa. Art. 562 del regolamento.

si presentò mai in cancelleria per munirsi del documento legale di sua assoluzione; ed egli è fuori carcere, non di dritto, ma di fatto, come tanti altri su' quali pende ancora un' accusa.

35 Nè già mi dolgo del procurator-generale, che non siasi opposto a quella ordinanza. Ne lodo anzi la facilità, perchè non conoscendo egli ancora la decisione, qual male potea derivare da una escarcerazione prematura? Se la decisione era nulla, un escarcerato può ben ricarcerarsi. Ma s'ella era legittima e non rescindibile, inumano sarebbe stato il far attendere a costui la motivazione da farsi da uomini occupatissimi. Perciò è prevalso l' uso, autorizzato dal regolamento, che deliberata nella camera del consiglio la escarcerazione di alcuno, questa viene immantinente eseguita; nè l' art. 563 vi appone condizione, nè restrizione alcuna. Anzi per evitare che il procurator-generale, il quale non è presente alla deliberazione, avesse poi ad elevar ostacoli col richiederne il come e il perchè, si dà non a lui, ma al presidente la necessità di scriverne l' ordinanza e rivestirla di forma esecutoria; provvedimento di umanità ond' ovviare il danno possibile d' un indiscreto ritardo nel compimento e notificazione della decisione. E da ciò nacque che il presidente non disse già, *si metta in libertà assoluta*: non poteva egli ad un atto di semplice temperamento di benignità dare un carattere certo e irrevocabile, che può nascere solamente dal giudicato, o sia quando l'irretrattabilità vi è stata impressa dal trascorrimento de' termini. Egli ordinò solo, *si escarceri*, il che importava disserrar per allora l' accusato di carcere, senza dregiudizio de' dritti che nascer potevano alla parte pubblica o alle parti private dalla regolarità o nullità d'una decisione, di cui allora non esisteva che il germe.

36. E se anche fosse stato il procurator-generale che avesse ei stesso scarcerato costui, egli non avrebbe potuto esser mosso, che da benigna interpetrazione d' una deliberazione che doveva allora immaginar regolare, e pura e semplice di fatto; perchè le nullità e gli eccessi di potere dalle anime bennate non si presumono mai. Poteva egli credere, che la stessa *dispositiva*, la quale si dice nell' ordinanza *vista* dal presidente, fosse diversa dalla *dispositiva* che chiuse la decisione? Imperocchè in quella si ordina la libertà assoluta dell' accusato per le sole falsità, nè si progredisce più oltre, ed in questa si parla anche della frode 1): quivi si propongono le quistioni, e qui niuna: quivi si cita un solo art. di legge applicato, e qui se ne citano moltissimi: quivi il ministero pubblico si apparte dalla camera del consiglio nel tempo della deliberazione, e qui non se ne fa parola. Or quando il ministero pubblico, in leggerer poi la decisione, vi ha scoperte tante difformità, quando la interpetrazion benigna e la presunzion di favore è stata smentita dal vero stato della cosa, chi può negargli il diritto di ricorrerne alla suprema corte regolatrice? *Ab executore qui sententiam male interpretatus est, licet appellare* 2): *cavetur non obesse errorem cuiquam, quod ignarus est iuris sui* 3): *in totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi* VERA ET CERTA SCIENTIA *perfici possunt* 4). Il permettere che le decisioni si compilino dopo la loro pronunziazione è per comodo solo de'giudici; e ch' essi non l' abbiano estesa sul momento della pronunziazione, ma dopo tre mesi, ciò non deriva da fatto dal procurator-generale. Dunque la tardanza del ricorso non è ritardo che può addebitarsi a lui 5). Egli non poteva nel 29 settembre far sì che passasse in giudicato una decisione non pubblicata, non notificata, anzi non ancora esistente: *quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest* 6). Dunque non poteva acchetarvisi, e rinunziare al gravame. Egli allora *ignorabat causam, cur non debebat*

1) V. *sopra nel.* § 4, distinti in quattro capi i reali accusati.
2) D. l. 4. § 1, D. XLIX, 1, *De appellationibus*.
3) L. 2, § 7, D. XLIX, 14, *De iure fisci*.
4) L. 76 *De reg. iur.* — *Non videntur qui errant consentire.* L. 116 *ead.*
5) *In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium fit, quo minus fiat*, l. 39, *De regulis iuris.* — *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere*, l. 63 e 173, § 2, *eod.* — *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*, l. 74 *eod.* — *Generaliter non quid habeat actor, sed quid per adversarium habere non poterit, considerandum est*, l. 78 *eod.*
6) L. 174 § 1, *De regulis iuris.*

petere 1). Dunque può chiedere e ricorrere tosto che l' ignoranza è cessata. Niuno invidia a quest' accusato, ch' ei sia uscito di carcere. S' egli poi ne sia uscito irrevocabilmente, e senza che possa più esservi risospinto, ciò solamente è quello di cui si disputa. Non avverso l' ordinanza del 29 settembre, ma avverso la decisione apparsa nel dì 28 dicembre, si è prodotto ricorso.

37. Il che dà maggior luce di evidenza a ciò che fin dal principio abbiam detto intorno alla necessità di aggiugnere alle ventiquattr' ore degli articoli 312 e 313 pr. pen. il tempo necessario per potere all' imputato che si trova fuori carcere, notificare il ricorso del pubblico ministero avverso le decisioni assolutorie (§ 7 ed 8). Il vostro arresto nella causa *Saint-Hilaire* e *Bonocore* rende generale quest' aggiunzione di tempo *in ogni ipotesi* (son parole dell' arresto) *in ogni ipotesi di notificazione a persona* o *a domicilio*, *quando la presenza dell' imputato non è presso la residenza del giudice*, *sia perchè non in carcere*, *sia perchè non ivi domiciliato*. Se il non essersi il ministero pubblico opposto all' ordinanza lo forchiude dalla facoltà di ricorrere avverso la decisione, è vano il discendere a conoscere se il ricorso sia stato notificato presto o tardi. Ma se il non esservisi opposto, ancorchè solamente per ritegno di umanità, non produce per sè ch' ei *causa cadat* 2), da ciò deriva che l' uomo sprigionato, ovunque si trovi *non in carcere*, *nè presso la residenza del pubblico ministero*, vi si trova necessariamente nello stato legale di riceverne la notificazione: dappoichè non può essere a me accordato un dritto o una facoltà verso di te, se ciò non constituisce te legalmente in quello stato, fuori del quale io non potrei esercitare il mio dritto. Ovunque così scarcerato anderai, io debbo aver dalla legge i mezzi necessarii a raggiungerti.

38. Per evitare la forza di questo ragionamento il resistente al ricorso immagina una distinzione, la quale non è, nè esser può nella legge. Ei concede adunque che alle ventiquattr'ore degli art. 312 e 313 ben possano utilmente aggiungersi altri giorni in proporzione delle distanze, quando però l' imputato che dee ricevere la notificazione non si trovi lontano per fatto dipendente dal pubblico ministero; nega poi che ciò possa farsi, quando l'uscir di prigione poteva essere dal pubblico ministero impedito. Ma io non so, se il pubblico ministero poteva nel caso nostro ritener l' accusato. E s' ei potea ritenerlo, cosa è mai il non averlo fatto? Non è altro che una esecuzion volontaria dell' ordinanza. L' argomento dunque ritorna alla quistione, se l' esecuzione volontaria forchiude l'adito al ricorso: quindi *nil agit*, perchè *exemplum quod litem lite resolvit* 3). — E non è da tacere, che ciò tende a creare una giurisprudenza durissima ed inclemente, contraria allo spirito benigno della nostra legislazione, secondo il quale s' interpetrò sempre senza questa distinzione l' art. 653 del regolamento. Che avrebbe dovuto far dunque il ministero pubblico? Produrre forse ricorso avverso l' ordinanza, e non eseguirla? Ciò avrebbe ritenuto l'accusato in prigione fine a tre giorni dopo la notificazione dell' intiera decisione; e costui dopo l'assoluzione avrebbe avuto una pena che l'umanità e la legge, non solo non riconoscono, ma abborriscono. So che questa distinzione è favorevole all'imputato nello stato in cui egli oggi si trova. Ma sarebbe stata asprissima per lui, se gli art. 312 e 313 fossero stati così interpetrati nel dì 29 di settembre. E se oggi così venissero intesi, ne deriverebbe che da ora innanzi, per ogni dubbio che possa avere

1) L. 177 § 1, *De reg. iuris.*

2) La frase antica, *causa cadere*, è espressa con la nostra voce, *decadenza*: avere prima un dritto, e perdendo poi per aver fallato nell'ordine. *Caret iure, is qui non habet, et scit.* Cic. Tusc. I, 88. *Causa cadit, is qui, quemadmodum oportet, non egerit.* Cic. Invent. II, 19. — Così solo il ricorso di colui che non ne ha facoltà alcuna, non è ricevibile per *carenza di dritto*: tale è la parte-civile, quando vuol ricorrere contro una decisione ch' esclude l'azion penale. Ma chi ha dritto di ricorrere, e non ricorre in termine (art. 310) *causa cadit*. Anzi chi non è incorso in questa decadenza, può anche *causa cadere* per l'inadempimento dell'art. 313, quando però il reo si trovi nella residenza del p. m. Dunque tanto l'art. 310, quanto il 319, esprimono ugualmente casi di *decadenza*. *Irricevibilità* (*fin de non recevoir*), ed anche *inammessibilità*, son voci di genere, esprimenti l'effetto legale sì della *carenza*, e sì della *decadenza*.

3) Hor. Sat. II, 3, v. 103. — *Petitio principii*, *rotatio pistilli*, dicevano una volta le scuole.

il ministero pubblico di presentare un ricorso, riterrà ancora, fino a che ha facoltà di ricorrere, per giorni e per mesi in prigione gl' imputati assoluti, onde non perdere l'opportunità di unificarli fra ventiquattr' ore, senza bisogno di altro tempo in proporzione delle distanze. La giurisprudenza umana è quella che favorisce tutti, non quella che favorendo un solo per circostanze individuali del momento, rende poscia crudele il destino di ogni altro. Per le quali cose, da qualunque lato io guardi l' affare, parmi che i motivi tutti d' inammessibilità del ricorso del ministero pubblico debbano rigettarsi. Ammesso il ricorso del p. m. (§ 5), ne conseguita l' ammessione del ricorso della parte-civile 1).

1) Questa prima parte delle conclusioni fu accolta relativamente a' motivi d' irrecevibilità tratti dagli art. 177, 184, 310, 318, 319 e 324 pr. penale, ed art. 13 decr. del 3 apr 1812. La corte suprema però ha dichiarato il ministero pubblico e la parte-civile decaduti dal ricorso in forza degli art. 312 e 313. Il ragionamento è il seguente:

« La corte suprema osserva, che il ricorso del m. p. e della parte civile sia ricettibile; ma che l'uno e l'altra ne sieno decaduti per lo inadempimento del disposto negli a ticoli 312 e 313 ll. di proc. pen. .

Ammessibilità de' ricorsi. — *Prima parte dell' arresto, conforme alle conclusioni.*

« E nel vero tra i dritti che la legge accorda al m. p., e quindi alla parte civile che n'è sempre accessoria, havvi quello d'impugnare con ricorso per annullamento una decisione diffinitiva (art. 306 proc. pen., ed 85 legge organica giudiziaria). Questo dritto che tende sempre più ad assicurare il rispetto alle leggi e la sicurezza dell' universale, non può soffrire altre eccezioni che quelle statuite dal legislatore; poichè lo stesso libero esercisio de' dritti di chicchessia non ammette altre restrizioni tranne quelle diseguate dalla legge. Or i casi in cui non compete l'esercisio del suddetto diritto al ministero pubblico, sono letteralmente espressi dalla legge, ed il magistrato non può certamente crearne degli altri: perciocchè vale la nota regola, che la legge espresse ciò che volle. Questi casi son quelli dell'irricettibilità del ricorsu e si trovano dinotati negli art. 305, 318, 323 e 325 ll. proc. pen. Havvi inoltre delle ipotesi parimenti scritte nella legge nelle quali si decade dal ricorso, tuttochè ricettibile. Questi motivi di decadenza si leggono negli articoli 312, 313 e 315 leggi procedura penale. Casi tutti di stretto dritto, sieno d'irricettibilità, sieno di decadensa. »

« Ora senza intrattenersi sugli svariati mezsi di irricettibilità del ricorso del m. p. che si vorrebbero metter avanti; perciocchè quelli che si traggono dagli art. 318, 324 e 184 leggi di procedura penale, non sono di alcuna forza, essendosi decise non una, ma più quistioni di dritto, snzicchè di fatto, ugualmente che violati non uno, ma più testi di legge, della qual cosa sarà tenuto discorso nel discutersi i mezzi olevati di officio contro la decisione; neppur vale quello desunto dall'art. 177 di dette ll.; perciocchè ivi si figura di essersi ammessa l'accusa. Di niun vigore da ultimo dopo l' attuale legge organica giudiziaria e le leggi di proc. pen. che l'accompagnano, è quello tratto dal decreto 3 aprile 1812; oltre a che il motivo si confonde nell'acquiescensa del m. p. alla decisione, di che sarà ragionato: »

« Basterà quindi osservare, che la decisione in esame si è attaccata con ricorso in corte suprema dal m. p. il quale ne aveva certamente il dritto (d. art. 306 proc. pen.). La decisione è diffinitiva (art. 305 dette ll.), giacchè renduta in seguito di una seconda accusa, *et absolutionem continet* dell'accusato (L. 3, cod. *de sent. et interloc.*). Il ricorso trovasi presentato in termine (art. 310 dette leggi). Che sia così, si fa chiaro dagli atti (fol. 157 vol. 21.). Il termine a presentare il ricorso è di tre giorni a contare da quello in cui la decisione diffinitiva è stata notificata (detto articolo 310). Ma la decisione impugnata, benchè profferita nel 29 settembre 1837, non appare comunicata al m. p. che nel di 28 dicembre 1837. Il ricorso fu recato nel susseguente giorno 29 (detto fol.): quindi in termine, e perciò ricettibile. »

« Nè varrà ad infirmare il disposto dell'articolo 310 proc. pen., che il m. p. nello stesso giorno in cui si decise sull' accusa, mise in libertà l'accusato, dopo di aver vidimato ei medesimo la ordinanza rilasciata dal presidente della gran-corte a norma dell' art. 563 del regolamento del 15 novembre 1828 per la disciplina delle autorità giudisiarie. »

« La liberasione dell'accusato disposta dalla gran corte ridotta ad ordinanza del presidente, ed eseguita dal m. p., l'è un fatto che ceme fino di non ricevere il ricorso, e come acquiescenza del m. p. alla decisione si rende inefficace ad alterare le disposisioni dell'art. 310 proc. pen., lo quali fanno cominciare a decorrere i fatali dal di della notificasione della decisione. Or la notificazione sola della decisione segna il cominciamento della mora giudiziale, nella quale è posto il m p. per lo esercisio del suo dritto; ed i fini di non ricevere il ricorso di lui, essendo circoscritti nella sfera di quei limiti letteralmente precisati dalla legge, come eccesioni alla regola, fra quali fini di non ricevere, il fatto della liberazione del detenuto non si annovera, non vi sarà che il decorrimento del termine senza ricorso, perchè possa convalidarsi la prematura esecuzione della decisione, ed imprimerle il carattere di cosa giudicata. »

« Vieppiù sarà a riputarsi inefficace tale liberazione, come acquiescenza del m. p. alla decisione: imperocchè il dritto al ricorso è accordato dalla legge al m. p. non già *pro se*, così ch'ei possa al par di ogni altro, *licentiam habere* di rinunsiarvi, sì bene in grazia della cosa pubblica ch'è alle sue cure affidata. Incaricato egli di un'azione che interessa l'ordine pubblico, non gli era permesso di abbreviare quel termine che non era per anco co-

Sezione III.

Disamina del merito della decisione e dei ricorsi.

39. Distrigati da' viluppi di tanti autori e dottrine, co' quali si è cercato a forza d'ingegno involvere una quistione d'irricevibilità di assai facile soluzione, il nostro ragionamento correrà un campo più aperto e più piano. — Abbiamo osservato, che per dare unità alla decisione, se

minciato, nè rinunziare ai poteri che la legge gli accordava. Manca adunque la facoltà ad acchatarsi senza il decorrimento del termine, e l'oggetto stesso non è suscettivo di acquiescenza. D'altronde l'acquiescenza, tratta dalla volontaria esecuzione preventiva alla notificazione della decisione, mette avanti un argomento di presunta e tacita accettazione della decisione, che non regge nè in fatto, nè in dritto. Perciocchè ogni presunzione ceder debbe al fatto, e questo fatto mostra di essersi in effetti recato ricorso dal m. p. Non in dritto, perciocchè l'art. 310 delle leggi di proc. penale prescrive che in pendenza del termine a ricorrere la decisione non può esser eseguita, e questa prescrizione non ammette distinzione veruna tra decisione di condanna o di libertà. »

« Or se la esecuzione della decisione non era permessa dalla legge, pare vana cosa di trarre da un fatto illegale una conseguenza che non dovrebbe trovarsi che nella legge medesima: questa non ne trae espressamente il fine di non ricevere il ricorso. Il ricorso adunque del m. p., cui si è aggiunte quello della parte-civile, trovasi ricettibile. »

Decadenza de' ricorsi — *Seconda parte dell'arresto, difforme dalle conclusioni.*

« Se non che rimane ad esaminarsi, se il ricorso non siasi incontrato in alcuno de' casi di decadenza parimenti disegnati dalla legge. »

« Dopo ch'è stato prescritto doversi presentare il ricorso fra tre giorni dal dì della notificazione della decisione, s'impone un altro dovere negli art. 312 e 313 delle leggi; e questo si è la notificazione del ricorso al reo fra le 24 ore dalla presentazione, con rilasciarsene *copia nelle sue mani*, e *ciò a pena di decadenza dallo stesso ricorso*. Non accade andar col pensiero ne' motivi della severità della legge nel contare le ore per la notificaziona del ricorso, e darsene copia nelle mani del reo. Se l'ordine pubblico esige rispetto, immensi sono i riguardi che la benignità della legge accorda alla sventura; e di ciò non è ultimo esempio quello che si ricava dallo stesso art. 313, ove la pena della decadenza si commina pel solo ricorso del m. p. o della parte-civile. Bisogna solamente rammentare che i casi di decadenza dal ricorso sono ugualmente di stretto dritto che i fini di non ricevere. »

« Or il ricorso del m. p., come quello della parte-civile avverso la decisione del 27 settembre 1838 colla quale l'accusato fu sciolto dal giudizio con libertà assoluta, non fu notificato all'accusato, già liberato, che nel dì 4 gennaio 1838 (fol. 217 vol. 21); vale a dire dopo più che 24 ore dal dì della presentazione. La pena quindi della decadenza dal ricorso è pronunziata dalla legge. »

« Ma l'accusato trovavasi in Parenti sua patria, allorchè gli si notificò il ricorso: faceva perciò d'uopo che l'aumento di un giorno per ogni 15 miglia di distanza venisse in soccorso della necessità, onde adempirsi alla notificazione del ricorso, a sensi dell'articolo 1109 delle ll. di proc. civ. Ed è questa obbiezione che apre adito a penoso dovere. »

« La legge non parla del beneficio delle distanze che in parlando del procedimento correzionale (art. 362, 365, 373, 374, 389 leggi di proc. pen.); ed il procedimento, circa a' delitti, poggia su principii differenti da quelli circa a' misfatti, come differenti ne sono le forme e gli effetti. Non pertanto sebbene le leggi di proc. pen. non parlino del beneficio della distanza intorno al procedimento per misfatti contro rei presenti, e presente in carcere era pur l'accusata, tuttavolta non è perciò che la giurisprudenza, fatta per supplire alla legge, non possa accordarlo talora anche contro rei per misfatti, sulla scorta dell'indicato art. 1109 ll. di proc. civ., se però lo stato del procedimento è tale, che se ne renda comune la ragione, come nel caso di un ricorso contro la decisione definitiva, pronunziata pria del giudizio di accusa contro reo presente, sì, ma sotto un modo di custodia esteriore, o in casi simili, autorizzati però sempre dallo stato stesso del procedimento. Quando la legge accorda un dritto, non può non accordare i mezzi per esercitarlo, ed un precetto impossibile è al di sopra delle forze umane. »

« Così unico si trova esser il principio tanto pel delitti, che per misfatti, fondato sulla necessità. *Necessitas ius constituit*. E ciò senza bisogno di tener dietro a codici stranieri diversissimi, sopra tutto per rito, da quei che ne governano. Ma se manca la ragion della legge, sia perchè volontariamente quegli cui la notificazione incumbeva, si è posto nella impossibilità di adempirne i precetti, sia contravenendovi, sia ancho (è forza dirlo) per difetto di previdenza, all'invano si reclamerebbe un beneficio fuori de' casi di quella imperiosa necessità, che fa sì che senza di quel beneficio il dritto non sarebbe che elusorio. Motivi estranei all'accusato non possono privarlo di quel vantaggio che gli viene dalla severità del termine che la legge dispone a pro del solo accusato, giacchè è regola di dritto antico, che *factum cuique suum, non adversario nocere debet* (l. 157 *De reg. iur.*). »

« E sollecita la legge a conciliare gl'interessi della giustizia, fra' quali la celerità da' giudizii penali, con quelli dell'accusato, tutte le disposizioni successive all'art. 131 ll. pr. pen. alla fonda su quella che trovasi sancita in questo articolo. Entrato ne' vincoli della giustizia l'accusato, passatasi appena l'accusa, tutt'i termini di rigore che si leggono negli art. 310, 312, 313 e 315 ll. proc. pen. ne sono dipendenti, e vi si trovano giustificati. »

« Ora il m. p. ignorar non poteva, se tutti nol possono (argomento dall'art. 1924 ll, cc.), ch'egli aveva dritto al ricorso (art. 306 proc. pen.), e lo aveva anche contro una decisione di libertà assoluta nascente da quistione di dritto (articole 319

avvien mai che le due sue parti essenziali, la *dispositiva* e la *motivazione*, sieno fatte in tempi diversi, il regolamento prescrive, ch' estesa la motivazione, questa si passi al cancelliere, il quale dee trascriverla nel foglio interno delle deliberazioni, perchè delle due parti si faccia un sol tutto, che diventa poi la decisione originale. Il confronto allora tra la motivazione e la dispositiva è assai fa-

d. ll.); che non poteva recarlo che fra tre giorni dal dì della notificazione della decisione (art. 310); notificarlo fra 24 ore con rilasciarsene copia nelle mani dell'accusato a pena di decadenza (art. 312 e 313); e rimetter gli atti fra un mese (art 315); ed in fine che in pendenza del termine a ricorrere, la esecuzione della decisione rimaneva sospesa (detto art. 310 pr. pen.). Malgrado ciò ha el medesimo vidimata la ordinanza di libertà, l'ha nello stesso giorno eseguita, non solo in pendenza del termine, ma preventivamente ancora all'apertura di esso. Si è perciò volontariamente posto nel risico di non poter compiere i varii precetti della legge tra i quali quello di cui si disputa, ove avesse stimato consentaneo alla giustizia di attaccar indi la decisiono con ricorso per annullamento, come è avvenuto. »

« Ed egli si è posto in contraddizione pure degli articoli 310 e 319 proc. pen. A questo modo non si è conservata la integrità del giudizio, e si è scambiato tutto il sistema del procedimento contro un accusato presente. Ammesso il ricorso nell'interesse delle parti, la novella gran-corte avrebbe trovato non già il procedimento sullo stesso piano, bensì l'accusa, e non l'accusato, e questi assente non poteva far osservazioni sul ricorso contro di lui prodotto. »

« Laonde se il m. p. non poteva *ius publicum remittere*, liberando l'accusato in pendenza del termine, tal che il ricorso di lui non cessa di esser ricevibile, non lo si può neppure sottrarre alla osservanza delle leggi e de' regolamenti. Nulla di meno la volontaria liberazione dell'accusato, o pria o in pendenza del termine a ricorrere, non diventa sempre un fatto incompatibile coll' adempimento dell'obbligo prescritto nell'articolo 313 proc. pen. »

« Pruova ne sia quella che sorge dagli atti (fol. 156 vol. 21). Liberato l'accusato dal carcere nella persuasione ferse che il m. p. non avesse motivo a tornar su i suoi passi, si rimase in Napoli sino al giorno 6 dicembre 1837 (d. fol. 156), tempo questo assai bastevolo, e molto più lungo di quello voluto dagli art. 545 e 546 del regolamento sulla disciplina delle autorità giudiziarie, onde mettersi il m. p. in istato a compier il dover suo. »

« Nè la ordinanza rilasciata dal presidente di libertà, nè il difetto di previdenza del m. p. di essersi decisa non quistione di dritto, ma di fatto, indurranno in pregiudizio dell'accusato, cui la legge tanti favori accorda, quella necessità di ragione su cui poggia la disposizione generale dell'articolo 1109 ll. proc. civ. Imperocchè il m. p., e non altri, è investito del potere di eseguire e di fare eseguire sotto i suoi immediati ordini i giudicati (art. 157 e 159 leg. org. giudiziaria, e 561 a 563 del regolamento sulla disciplina delle autorità giudiziarie). Nell'obbligo di far eseguire le leggi ed i regolamenti, non può riputarsi come un agente passivo dietro la ordinanza di libertà. L'art. 85 leg. org. giudiziaria, di accordo col 306 proc. pen. gli danno il potere di ricorrere in corte suprema contro la decisione. Perciò il dritto a non eseguire la ordinanza si trova inerente a quello del ricorso. E si cadrebbe in una manifesta implicanza d'idee, se il m. p. avesse il dritto al ricorso nell'interesse delle parti, e fosse poi forzato a disserrare il carcere all' accusato per farglielo indi riaprire a miglier tempo. »

« La ordinanza deriva dalla decisione. Il dritto contro questa non può dissociarsi dal dritto contro quella. E perchè la ordinanza si rilascia indistintamente, o che la libertà derivi da risoluzione di quistione di fatto, o che derivi da quistione di dritto, perciocchè uno è il giudice che decide ad un tempo e del fatto e del dritto, così l'art. 310 ll. pr. pen. dispone anch'esso indistintamente, che in pendenza del termine al ricorso la decisione non può esser eseguita. Emessa quindi la ordinanza dal presidente, il dover di lui cessava, e cominciava quello del m. p. La ordinanza a norma dell'art. 563 del regolamento anzidetto potrà esser giovevole all'accusato sol quando il m. p. certo della natura della decisione, creda giusto di eseguirla. Così l'interesse della giustizia va combinato colla libertà dell'accusato. Ed in vero lo stesso articolo dispone che la ordinanza si passi al m. p. per la esecuzione. Non altri quindi che il m. p. n'è incaricato. E non per diverso motivo, che per approvarla, benchè prematuramente, il m. p. vi dovette apporre il suo *visto*, onde si esegnisse, giacchè non si riconoscono ormai più *visti* sugli atti quando sieno esecutorii per sè medesimi (art. 637 ll. di proc. civ.). Ma appunto perchè l'atto, cioè l'ordinanza, non era esecutorio per sè stesso, vi bisognò il *visto* del m. p., al quale era dato il dritto di ricorrere in corte suprema. Che non fosse esecutoria basterà consultarla negli atti stessi in corte suprema. Essa porta bensì il nome augusto del comune Padrone e Re da cui tutte le giurisdizioni emanano, ma manca della formola esecutoria degli art. 239 e 635 ll. proc. civ.; nè poteva averla, perciocchè ne' giudizii penali vi ha un agente superiore del m. p., il quale come parte principale agisce di officio (art. 148, 157 e 159 ll. org. giudiziaria). Non poteva neppure averla senza ledere il dritto del m. p. al ricorso. È troppo vero però che per compiersi il dovere del m. p. sentiva egli il bisogno di conoscere la decisione, onde prender il partito o del ricorso o della esecuzione Ma non è men vero, ch'erano in suo potere i mezzi di autorità bastante, perchè le leggi inservienti al fine della giustizia si osservassero. Gli art. 545 e 546 del regolamento non ammettono altra dilazione per la redazione della decisione, che quella di tre giorni; e trattandosi di libertà assoluta, non mai tal disposizione dovevasi men celeramente mandare ad effetto. La notificazione stessa della decisione rientra fra gli atti che preparano la esecuzione de' giu-

cile; e siccome la dispositiva, anche per le espressioni delle quali fa uso, è contestata immutabilmente da quel foglio interno, scritto nel momento della deliberazione, così la fede della pronunziazione è inviolabilmente serbata, benchè la motivazione vi si appicchi sì tardi (Art. 355 e 534 del *regolamento*). — Di questa congiunzione e riduzione ad unità delle due parti della decisione è risponsabile il cancelliere.

40. Ma nella causa presente nulla si è fatto di ciò che in punto così importante il regolamento prescrive. Nè incontanente, nè fra tre giorni, nè mai la motivazione si è passata al cancelliere onde registrarla nel foglio ove giaceva la dispositiva. Ed il cancelliere per iscioglìersi da ogni risponsabilità, non appena che nel dì 28 dicembre gli venne in mano, non messa insieme nè rivestita di forme da lui la decisione originale, vi certificò in piedi, che questa *gli fu passata* (non si sa da chi) *tal quale si vede scritta in originale, con la firma di quattro, per sottoporla alla firma del presidente, e poi firmarsi dal cancelliere medesimo*: modo nuovo che fa vacillare tutta la fede e la integrità del giudizio. E da ciò è derivato (cosa più nuova, e degna di tutta la vostra animavversione) che la *dispositiva* rimasta al cancelliere in quel foglio interno, nè tenuta sott'occhio dal compilatore delle considerazioni, non serba in questa causa il carattere d' una pronunziazione immutabile *(quod scripsi, scripsi)*, ma è appena un primo e mal formato embrione, che si altera, lasciando molte parti di sè, e legandosi ad altre non sue, in una lunga gestazione di tre mesi: tal che la stessa ordinanza del 29 settembre che la trascrive, è ben diversa dalla ultima dispositiva, che si legge nella decisione la quale dicesi *originale* (§ 36).

41. Non è dubbio però, che tanto la deliberazione scritta nel dì 29 di settembre, quanto l'ultima sua formazione, non risolvono che una eccezion perentoria. Dietro pubblica discussione, la gran-corte criminale di Cosenza, a parità di suffragi, avea dichiarato: *non consta, che F.. C.. abbia commesso i reati di falsità in scrittura privata, e complicità nelle falsità commesse su' pubblici registri, di cui è accusato*. Questa formola non proscioglieva il reo dal giudizio; anzi non è definitiva: ella non fa che abbreviare il tempo ordinario della prescrizione dell'azion penale di dieci o venti anni a soli due, quando però sien questi trascorsi senza pruove novelle. Or la decisione ultima fa dritto alla domanda del reo, il quale sosteneva essersi tal condizione a favor suo avverata, tal che l'azion del ministero pubblico dovesse dichiararsi estinta. Chi non sa che l' eccezione di prescrizione è perentoria, appunto perchè *delet, extinguit, perimit actionem*? *Exceptio peremptoria inde nomen sumpsit, quod perimeret disceptationem, hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari* 1).

42. Stabilito il carattere della decisione

dicati, o lione alla osservanza delle leggi e del regolamento, onde i giudizii penali sieno celeramente spediti e si apra il termino al ricurso. »

« Non per tanto il m. p. vidimò l' ordinanza e la eseguì senza riserba. L'accusato fu posto in libertà contro il disposto degli art. 310 e 319 ll. di proc. pen. Rimase in Napoli oltre i due mesi, così che gli si poteva notificare il ricorso nel termine legalo. La decisiono non venne alla luce che tre mesi dopo di essersi renduta, contra gli art. 545 e 546 del regolamento, o non è che in questo tempo che s' invoca il beneficio delle distanze. Ogni dubbio sulla natura della decisione ricordava solo al m. p. il dovere di sospenderno la esecuzione, affrettarno la compilazione, e quindi o eseguirla o combatterla con ricorso per annullamento. Tutto ciò non richiedeva cho lo spazio di tre giorni (art. 545 e 546 del regolamento). Lungi quindi di essersi inclemente verso l'accusato, non si curava che la osservanza dolle leggi e del regolamento, senza restituir l'accusato alla famiglia ed alla civile comunanza, per risospingerlo poi in carcero quando cho sia, o quando si fosso la decisiono a bell'agio redatta, notificata al m. p., prodottu il ricorso; annullata la docisione, o rinviata la causa ad altra gran-corte. »

« Ma sarebbe pari negligenza l'inosservanza dell'art. 315 proc. pen. che dispone, che ove il ricorso si rechi dal m. p., o gli atti non si faccian pervenire alla corte suprema fra un mese, il ricorso cessa di esser esaminato por dritto nello interesse delle parti, e nun rimano cho il solo interesse della legge ch'è imprescrittibile. Perciò l'errore o la negligenza del magistrato fan sempre una larga piaga alla giustizia. A tal cho la decadenza del ricurso del m. p. e della parte-civile nella causa, n' è la conseguenza. Rimangono solamento in tutto vigore i dritti della logge. »

N. B. *L'altra parte dell'arresto che annulla la decisione nell'interesse della legge, verrà trascritta in fine.*

1) L. 70, D. V, 1, *De iudiciis*. — L. 3, D. XLIV, 1, *De except. et praeiudiciis*.

sottoposta alla vostra censura, leggiamo l'art. 148 pr. pen. *Avverso le decisioni di eccezioni perentorie, risolute a favore dell'imputato, non sarà aperto adito al ricorso del ministero pubblico, se non sopra il solo motivo di manifesta violazione al testo delle leggi.* Si assume per parte dell'accusato, che qui la frase, *testo delle leggi*, indichi *leggi penali* e sole *leggi penali*, non *leggi di procedura*, nè altre. Quindi il quarto motivo d'irrecevibilità (*sup.* § 4 e 6). Ma gli si può rispondere: *nimis probas*. Se l'eccezion perentoria tende appunto a non far applicare alcuna legge penale, dove non è nè può essere legge applicata, non può esservi legge violata. Se dunque valesse questo motivo d'irrecevibilità, siccome allor che l'eccezion perentoria è risoluta a favore dell'imputato, niuna legge penale potrebbe dirsi applicata, così non vi sarebbe mai luogo a ricorso. Il testo che regola la prescrizione in materia penale, è nelle leggi di procedura penale. Dunque vi è nullità, quando vi è manifesta violazione al testo di queste leggi relative alla eccezion perentoria di cui si tratta.

43. Più: le leggi d'ordine pubblico, quali son quelle che regolano i modi onde proporre le quistioni, e trasformare in legge fra le parti una deliberazione di collegio giudiziario, entrano necessariamente nel numero delle leggi, per l'adempimento di cui la decisione è decisione, e per la cui violazione ella deve annullarsi. — E dal modo stesso così poco regolare, come abbiam veduto la decisione in disamina uscire alla luce (§ 40 e 41), è facile argomentare che di questi disviamenti dalle leggi d'ordine pubblico, non che da quelle che riguardano il merito della causa, non avremo penuria. Io n'esaminerò quelli soli, i quali non potrei senza grave colpa dissimulare. Lo farò secondo l'ordine delle idee, che sorgono spontanee dalla decisione medesima.

44. I. *Violazione delle forme costitutive di ogni decisione.*—L'art. 219 della l. organica, la quale niuno vorrà asserire che non sia legge d'ordine pubblico, statuisce: *le sentenze saranno motivate nel fatto, e nel dritto.* L'art. 294 pr. pen. attua e dà forma a questa disposizione del nostro dritto pubblico, con dire: *le quistioni di fatto debbono essere sempre distinte da quelle di applicazione di legge*; e l'art. 292: *la parte della decisione colla quale si decidono le quistioni di fatto, non è soggetta a ricorso per la parte che riguarda la convizione de' giudici.* Quindi gli art. 318 e 319 negano al ministero pubblico la facoltà di attaccare le decisioni di libertà derivanti da quistioni di fatto, e gliela danno quando esse nascano da risoluzione di quistioni di dritto.

45. E perchè la quistione di fatto non s'intarsii e s'inviluppi sconciamente nella quistione di applicazione di legge, gli articoli 273 e 288 stabiliscono che il presidente, dopo aver riassunto l'affare, proponga prima la quistione di fatto, e risoluta questa, proponga poi quella di applicazione di legge. Così a prima vista si discerne quali sieno i punti che debbono risolversi, e s'impedisce l'andar senza scopo certo nè guida dal fatto al dritto, e dal dritto al fatto, ed involver tutto in una incomposta mistura.

46. Intanto in quella bozza di foglio interno delle deliberazioni sta scritto così: *Esaminata e discussa l'accusa del 7 settembre 1836, e pronunziando contemporaneamente sul giudizio di sottoposizione all'accusa, e sulle eccezioni perentorie presentate dall'accusato con le istanze del dì 11 ottobre ed 11 novembre 1836, e ciò a' termini della precedente deliberazione del 30 gennaio 1837*, *udito* ecc. Ecco lo stato della controversia; ecco il germe delle quistioni di fatto, e delle quistioni di applicazione di legge, le quali dovettero proporsi dal presidente. Così il subbietto della deliberazione era duplice: I, *esame e discussione intorno a' fatti dell'accusa;* II. *eccezioni perentorie.*

47. Nella decisione però non si legge affatto questo preliminare del foglio interno delle deliberazioni: la decisione non si mostra legata ad alcuna proposta di quistioni, che faccia rivolgere ad un punto certo la discussione. Vi si trascrive tutto l'atto di accusa, come quello a cui si rimise il procurator-generale; e poi vi si legge immediatamente: *La gran-corte, preliminarmente discutendo gli atti del processo, ha ritenuto ciò che segue in fatto.* E qui registra la serie di tutti gli atti del procedimento in Cosenza fino al primo *non consta*; ed in seguito enumera molte

delle pruove novelle acquistate fra i due anni, senza però estimarle, nè darne giudizio. Riferisce pure il tenore delle instanze dell'accusato, trascorrendo però di qualificarle *eccezioni perentorie*, come nel foglio interno delle deliberazioni si legge, benchè in ciò consista la proposta della quistione, ridotta a termini legali.—Fatto ciò la gran-corte non fa partizione alcuna della causa, ma l'avvolge tutta in un solo e misto concetto, cominciando la sua deliberazione con le seguenti parole: *Sopra le quali cose tutte, venendo la gran-corte a pronunziare, e segnatamente sull'atto di accusa: veduti gli articoli* ec. ec. Qui cita semplicemente moltissimi articoli di leggi civili, di leggi di procedura civile, de'reali decreti sull'amnistia, e poi intraprende di lancio il suo ragionamento.

48. E questo ragionamento è qual deve aspettarsi da chi non distingue in prima in altrettante quistioni la causa, quante ella ne contiene: è una intarsiatura perpetua del dritto nella estimazione del fatto, e del fatto nell'applicazione del dritto. Se le quistioni fossero state divise, la estimazione delle pruove sarebbe andata fino al suo termine limpida e per dritta via, e se fosse uscita a favore del reo, ella si sarebbe spinta fino alla conchiusione solenne di fatto con la formola composta delle parole stesse dell' art. 165: *il nuovo processo compilato dopo essersi ordinata la libertà provvisoria, non somministra tanto da poter sottoporre il reo medesimo all'accusa.* Veniva poi la seconda quistione per l' eccezione perentoria, ed avrebbe avuto luogo la formola dello art. 145: *l'azion penale è estinta.* Conseguenza ultima la quale avrebbe raccolte in una le due prime conchiusioni di fatto e di dritto, sarebbe stata la libertà assoluta dell'incolpato a'termini dell'art. 282, e dello stesso art. 165.

49. Ma nulla si è fatto di tutto ciò. Si è egli deciso che l'accusa non è stata accolta? Si è forse definito che il fatto non contiene reato? Si è risoluta un' eccezion perentoria? La dispositiva che abbiamo, nol dice. L' art. 303 pr. pen. non fa consistere la dispositiva d'una decisione nella sola pronunziazione, *si metta in libertà*, ovvero *sia decapitato*; ma bensì in tutte le risoluzioni delle quistioni di fatto o di dritto, dalle quali questa conseguenza estrema deriva. Di fatti la legge del 9 dicembre 1825 questa formola solenne dell'art. 303 vuol che sia pubblicata a pena di nullità; e questa pubblicazione l' articolo 541 del regolamento chiama pubblicazione della dispositiva. Dispositiva dunque d' una decisione è la riunione delle risoluzioni di tutte le quistioni fino all'ultima conseguenza di assoluzione e condanna, come p. e. *Consta che F. C. abbia commessa la falsità: ella è in scrittura autentica e pubblica: questo misfatto è punito del secondo grado di ferri: F. C. è condannato a tredici anni di ferri*; ovvero, *il nuovo processo compilato per due anni non somministra alcuna pruova novella: l'azione penale è estinta: F. C. sia messo in libertà assoluta.* Ma tutta la dispositiva della decisione che noi esaminiamo, non consiste che nella conseguenza ultima: *si metta in libertà assoluta.* E pure son tante le ragioni per mettersi alcuno in libertà assoluta; innocenza chiara, difetto assoluto di pruova, fatto non qualificato reato, eccezione di cosa giudicata, prescrizione, amnistia, ecc. ecc.: quale fra tutte queste ha prodotto la libertà di costui? Abbiamo dei *considerando*, abbiamo degli *attesochè*; ma considerare non è giudicare 1). Il giudizio è nella riduzion terminativa de' fatti all'ipotesi della legge, e quindi nell'applicazione della sua sanzione. Parmi che ben

1) Massima così religiosamente osservata dalla corte suprema, che ha annullato moltissime decisioni nelle quali la formola terminativa della risoluzione della quistione di fatto non conteneva le precise parole della ipotesi della legge, ad onta che ne' *considerando* e negli *attesochè* le idee rappresentate dalle parole impiegate nella dichiarazione ultima di reità fossero state tutte espresse e motivate. Con un recente arresto fu annullata una decisiono di condanna all' estremo supplizio, pe chè nella formola terminativa della risoluzione della quistione di fatto non si era aggiunto alla voce *parricidio* l'aggettivo *volontario*, quantunque nelle considerazioni si fosse ampiamente ragionato della volontà determinata ad uccidere. Perciò la curte suprema dice solennemente: *che la formola terminativa della risoluzione delle quistioni di fatto, e in altri termini, la dichiarazione di reità constituisce il giudicato; che non può questo esser supplito dalle considerazioni; e che perciò la dichiarazione non assolve i voti della legge.* Arresto del 10 dicembre 1838, nella causa di *Domenico di Capua*, Montone comm., Nicolini m. p., Raff. Conforti avv. del ricorrente.

a ragione il ministero pubblico si dolga col suo primo motivo, di non sapere qual quistione sia stata risoluta, perchè non vi si dice affatto: *non ammette l'accusa*, nè *l'azion penale è estinta*. La dispositiva che abbiamo è imperfetta, monca, illegale; e ciò appunto perchè non si son distinte le quistioni. Tutti gli art. da me citati relativamente a' requisiti essenziali ed alla sostanza delle decisioni, sono stati violati.

50. II. *Arbitraria restrizione delle nuove pruove, per non farne il soggetto di una estimazione particolare.*— Quando il legislatore parla del fatto di cui si dee proporre quistione, non intende che il fatto il quale dée rapportarsi alla legge di cui si cerca l'applicazione. Ogni legge si distingue in ipotesi astratta, e in precetto da eseguirsi immancabilmente, ove dal giudice si dichiari avverata quell'ipotesi. Definire la quistione di fatto non è altro, se non che ridurre il fatto particolare di cui è controversia, all' ipotesi di quella legge di cui l'attore dimanda l'applicazione, ovvero decidere che non può ridurvisi.

51. Ma ciò non può farsi se non dispiegando le facoltà che concede la legge, e col metodo e con le condizioni ch' ella statuisce. Queste facoltà, questo metodo, queste condizioni, formano parte delle leggi giurisdizionali, per le quali è sempre nulla la pronunziazione del magistrato, *si supra iurisdictionem suam velit ius dicere* 1). Quando ci dunque stabilisce come accertato un fatto, quand' egli, conosciuto questo, ne argomenta un altro, benchè da niuno veduto, e lo asseveri, quando da tutti questi fatti ci deriva un fatto unico che ne dipende e ch' ei crede essere il solo che ammette il lor concorso e li spiega, allora ci versa in prette quistioni di fatto. Ma aveva egli dritto di esaminare i fonti di pruova da' quali ciascuno di questi fatti sgorga originariamente? Aveva egli dritto di rigettare quegli altri, tal che per aver creduto di non poterli attendere, siasi astenuto di rivolgervi la sua attenzione ed il suo ragionamento? Estimar le pruove secondo ch' ei pensa, e crederle o non crederle, è mera quistion di fatto: rigettarne alcune perchè il giudice si crede impedito di metterle insieme con le altre onde insieme estimarle, appartiene al dritto ed al dritto appunto che dà *iurisdictionem et imperium*. Ogni passo dunque che il giudice fa nella convizione progressiva del fatto, fino a tanto che tutti i fatti particolari non si risolvano nella ipotesi della legge, presuppone un dritto, ed è guidato dalla legge, ed in ciascuno di questi suoi passi ci può incorrere in una violazione di legge 2).

52. E quando infine ci rivolge questi fatti, che noi diciamo elementari, e li tramuta in quella formola solenne, in quel concetto complesso ch' è rappresentato dalla ipotesi della legge, quando li stringe, siccome avviene nelle addizioni aritmetiche, in una somma, in una formola complessiva, in una cifra sola che in sè riunisce più numeri i quali ne sono gli elementi, allora è, che secondo si espresse il giureconsulto ALFENO, *in causa ius est positum* 3), *h. e in facto, et facti cognitione* 4). Tal che l'interrogazione, se sciolto questo concetto complesso in tanti elementi, quanti ve ne suppone la legge, essi si trovin tutti ne' fatti elementari dei quali il giudice *ex sententia animi sui* si è convinto, questa interrogazione è anche quistione di dritto 5). Per la qual cosa nella sola parte che riguarda l' applicazione della sanzione della legge, la quistione è mera di dritto; ma nella quistione, se il fatto entri nella ipotesi della legge, quistione che noi, secondo lo stato in cui è la causa, ora diciamo quistione di sufficienza d' indizii, ora di pertinenza di pruove, ora di reità, ec. ec, in questa quistione dee discernersi con cura ciò che *in arbitrio est iudicantis*, da ciò che *legis auctoritati reservatur* 6).

53. Or nella causa presente, non trovandosi materialmente distinta la quistione relativa all' avveramento dell' ipotesi della legge, da quella dell' applicazione della sua sanzione, è necessario andare

1) L. ult. D. II, 1, *De iurisdictione*.
2) Tali sono le violazioni dell'art. 293 pr. pen.
3) L. 52, § 1, D. IX, 2, *Ad legem aquiliam*.
4) DIONYS. GOTHOFR. ad h. legem.
5) Tale è la violazione preveduta dall' art. 327 pr. pen.
6) L. § 4, D. XLVIII, 16, *Ad s. c. turpillianum*.

entrambe ricercando nel ragionamento che in perpetua ed alterna combinazione, contro il prescritto delle leggi nostre, le contiene. L'art. della legge di cui l'accusato chiedea l'applicazione, e che in fatti è stato trascritto ed applicato, è il seguente: *Se il nuovo processo compilato dopo essersi ordinata la libertà provvisoria dell' imputato, non somministri tanto da poter sottoporre il reo medesimo all' accusa*, — ecco nell' art. l' ipotesi, o sia il subbietto della quistione di fatto: — *la gran-corte pronunzierà la di lui libertà assoluta*: — ecco nell' art. il precetto, di cui l' esecuzione forma l'applicazione della legge.

54. E gli elementi ond' è composto il concetto complesso di quella ipotesi, sono, I, che per l' imputato sia stata ordinata per lo innanzi, e dietro altra discussione di accusa, la libertà provvisoria; II, che siasi dopo di ciò compilato un nuovo processo: e III, che ad onta di ciò non ne risulti tanto da poter il reo venir sottoposto novellamente all' accusa. Le due prime condizioni si verificano entrambe nella causa presente, e la decisione vi consente.

55. Per decidere però della terza dovea la gran-corte esaminare il valor delle pruove del nuovo processo. Era in suo arbitrio l' estimarle sufficienti, o insufficienti: *quaestio facti in arbitrio est iudicantis;* ma estensione di questo arbitrio, i cui confini ella non poteva allargare nè restringere, *legis auctoritati reservatur*. Quistione è dunque di dritto il determinare i confini, entro i quali questo arbitrio del giudice può spaziarsi.

56. Essi sono segnati dall' art. 163 pr. pen., il quale usando, invece della frase *nuovo processo*, la stessa dell' art. 210, *nuove pruove*, chiama tali in primo luogo *i processi-verbali che non fossero stati già sottoposti ad esame* la prima volta. E nella più ampia instruzione di questa causa abbiamo nuovi i verbali della vidimazione de' registri del ricevitore *de Bonis* eseguita dal giudice regio di *Rogliano*; abbiamo il verbale d'una seconda perizia; abbiamo il verbale di contraddizione fra le parti: niuno d'essi era stato sottoposto alla gran-corte di Cosenza nella discussione della prima accusa. — Sono in secondo luogo *nuove pruove*, o sia *nuovo processo*, *i nuovi indizii che si acquistano*, *i nuovi documenti che si presentano*; e noi abbiamo tutti quelli che sorgono dalla instruzione sull'involamento de'registri, reato non compreso nella prima accusa, e da cui nasce più limpida e sincera la dimostrazione de' reati allora accusati; e oltre a quest'indizii, moltissimi altri, stando solamente alla enumerazione che ne fa la decisione stessa, senza ripeter quelli che, il ministero-pubblico e la parte-civile ricordano dissimulati dalla gran-corte senza ragione. — Sono *finalmente nuove pruove le nuove dichiarazioni de' testimoni;* e noi abbiamo quelle di *Alemagna*, e *Mastroianni*, di coloro che attestano i progetti di transazione tra l' accusato e *Pangrati*, ec. ec. ec. — Vi è dunque sotto tutti gli aspetti *nuovo processo*, vi sono *nuove pruove*.

57. Ma la legge esige in queste nuove cose la condizione, *che avvalorino le pruove sulle quali prima fu giudicato l' affare*; e *stabiliscano sufficientemente la reità dell' imputato*. Il qual verbo *avvalorare*, usato qui dalla legge, è lo stesso che *sostenere ciò ch' è vacillante, rilevare, aggiugnere forza:* ei racchiude in sè solo tutto ciò che con copia maggiore di frasi dice l' art. 247 del cod. d' instruzion criminale francese sul proposito medesimo: *pruove le quali sieno di tal natura che o rinforzino le pruove che la corte trovò troppo deboli, o a' fatti diano sviluppamenti novelli, utili alla manifestazione della verità*. E ciò mostra che non sono le sole nuove pruove, le quali indipendentemente dalle antiche, debbano formare il soggetto del nuovo esame, ma le une e le altre, o per dir meglio le antiche *avvalorate, rinforzate, sviluppate* dalle nuove. Son voci di rapporto che legano le ultime alle prime; e ne fanno un sol tutto, del quale sempre nelle prime è la base. Sarebbe ridevole il dire che un architrave, un lastrico, una scarpa, aggiunti di nuovo ad un edifizio per rinforzarlo, non sieno nuove costruzioni, perchè essi non sono di per sè l' edifizio; e così lo sarebbe il dire che queste seconde pruove non son pruove, perchè di per sè sole non convincono il reo.

58. Nè la cosa ne' processi penali può essere altrimenti; perocchè talvolta la sola ricognizione di un luogo, tal' altra il

sincero rischiaramento delle relazioni personali e dello stato d' un testimone, e spesso un semplice fatto che parea prima estraneo alla causa, getta sull'affare e sui punti più controversi di esso tale evidenza, e ne produce tal riverbero di luce, che anche a traverso di tutta la caligine de' più artifiziosi sofismi, la verità ne rifulge viva e trionfa. Quindi la legge in questi casi non dice già, che *si instruisca il processo*, ma che *si prenda una instruzione più ampia* 1). L'*ampliare maggiormente*, è relativo a ciò ch'era in pria più ristretto; il nuovo è relativo all' antico; e l'antico ed il nuovo processo, nell' esame della nuova accusa, non debbono formare che un solo ed unico soggetto di valutazione e di esame.

59. Or contro così patenti verità di senso comune, contro così chiare disposizioni di legge, la gran-corte nella causa presente ha assunto in massima, che le *nuove pruove* debban essere non le *novità* di documenti e di testimoni rischiaratrici di vecchi indizii, ma novità d' indizii non pria sottoposti ad esame, e tali che di per se stessi *constituiscano una pruova di reità riconosciuta ed ammessa per valevole dalla giustizia;* massima la quale, a dir vero, nella *maggiore dell' argomento* appare alquanto nebulosa, come d' ordinario avviene di tutti i falsi principii, ma che si mostra più nuda nella *minore*, o sia nell' applicazione. Dapoichè nel parlarsi de' verbali di vidimazione e d' introito dei registri del ricevitore *de Bonis* che testè vennero in luce; *tali atti*, si dice nella decisione, *nel loro scopo non presentano che nuovi argomenti su quanto con altre scritture venne dedotto e discusso nella gran-corte di Cosenza.* E per questa ragione non son tenuti per *nuove pruove*; e crede la gran-corte non poterli discutere, nè estimare onde conoscere se avvalorino le pruove antiche. Dunque ella restringe arbitrariamente il campo della discussione delle pruove, riputando queste al di là della sua giurisdizione; e viola manifestamente gli art. 163 e 165, che invoca.

60. So che in mezzo al periodo esprimente quest' eresia legale, giace la proposizione incidentale, *astrazion fatta a non assicurare essi atti ciò che vuolsi:* ma questa osservazion di fatto, messa qui, come di chi *aspicit per transennam*, e guardata di lontano in passando, e non solo non addentrandovi la vista nè l' intelletto, nè dicendocene il come ed il perchè, ma riputandola vana ed oziosa. Non è questo il carattere d' un ragionamento giudiziario, nè d' un giudizio di fatto: il principio falso di dritto ha impedito il fermarvisi, e discuterlo come la legge esigeva. Cosa si voleva? Non altro che dimostrare dall'insieme delle vecchie e nuove pruove, ch' erano sufficienti gl' indizii per menar l' accusato a novello giudizio. Non soli dunque *essi atti nuovi* dovevano *assicurar ciò che volevasi*, ma *essi atti*, uniti a tutti gli altri, e particolarmente agli antichi. La perizia antica avea dichiarati falsi i registri nelle scritture private. L' esame dunque riguardava, se il non essere stato dal giudice vidimato mai alcuno di questi registri, nè portatone il pagamento nell' introito, *avvalorava* questa perizia. La gran-corte per un falso principio di dritto non volle entrare in sì fatte relazioni, e guardando solamente questi nuovi oggetti senza confrontarli agli antichi, pronunziò *non assicurare essi ciò che vuolsi*. Dunque contraffece alla legge.

61. III. *Seconda arbitraria restrizione della giurisdizione nel ricusare di estimar le nuove pruove, perchè non ordinate dal primo giudice.* — Affinchè si adempia il voto della gran-corte, che le nuove pruove, di per sè sole senz' aiuto delle antiche, sieno sufficienti a convincere l' accusato, non dovrebber esse derivare dall' antico processo, e perciò non potrebbero esser mai ordinate dal giudice che pronunziò il primo *non consta*. E pure in contraddizione di questo primo falso principio, la gran-corte ne stabilisce un altro non meno falso, che ove sia stato conosciuto dalla prima gran-corte un fatto su cui poteva cadere qualche novella pruova o instruzione, ella sola avrebbe dovuto ordinarlo nella sua decisione di *non costa;* e che non ordinato da lei, diventa incompetente ogni giudice di farlo di poi. Così ella dichiara *la nuova perizia e i tre atti su' quali ella versa* non essere nuove pruove a senso degl' art. 163

1) Art. 280 e 281 pr. pen.

—

e 165; perchè questi atti *erano* (sono sue parole) *erano nel primo processo instruttorio; e furon letti ed osservati appo la prima gran-corte: ed ella non credette di farvi cadere pruova o instruzione veruna.* Così n'esclude dal catalogo delle nuove pruove le dichiarazioni di *Alemagna* e *Mastroianni*. Così n' esclude *la circostanza di non essere stata la scrittura contenente il bilancio rimessa da Napoli a Parenti*, perchè *accenna ad un fatto che verificar si poteva nel primo giudizio, in cui fu presentata la scrittura; e quella gran-corte si tacque.* Così n'esclude il nuovo dialogo tra le parti, perchè gli oggetti in questo contenuti furono nell' altro giudizio *offerti e discussi*. Il quale suo principio è sì tenuto per inconcusso dalla maggioranza autrice della decisione, ch' ella rivoca ed annulla le precedenti interlocutorie con le quali la seconda gran-corte aveva ordinato riceversi queste pruove, come pruove novelle. Intratterremo noi lungamente la corte suprema per dimostrare quanto quest' altro principio offenda gli art. 163, 165, 180, 181, 182 pr. penale?

62. E non è da tacere, che la nuova perizia non è discussa, nè analizzata affatto sol per questo principio: perciocchè riguardo ad essa abbiam solo la proposizione incidentale: *messa da banda la incertezza naturale delle cose ch' ella denota per certa ed indubitata*. Qual è mai questa *incertezza naturale ?*— Per l' invio poi del bilancio da Napoli a Parenti, si dice solamente: *mentre tal circostanza è combattuta validamente da documenti offerti dall'incolpato*. Ma questi documenti, in tal *combattimento valido*, ottenner essi la vittoria? Ciò non dice la gran-corte; nè poteva dirlo, perchè non li estima. Risolve dunque la quistione col suo principio di dritto, e non in fatto. — Per le deposizioni di *Alemagna* e *Mastroianni* la decisione asserisce ch' esse *non danno che una narrazione stragiudiziale di quelle stesse che furono offerte a' primi giudici*. Sono adunque una pruova di più del primo fatto. Dunque chi non si convinse del fatto con le prime pruove, può convincersi con queste addizioni e sviluppamenti. Dunque dovevan questi estimarsi, e non rigettarsi a motivo che le cose che certificano, furono certificate a'primi giudici anche da altri. — In fine pel dialogo nuovo tra le parti, vi è anche la proposizione incidentale: *pure vedesi ciò nulla rilevare alla verità*. Ma come e perchè ciò nulla rileva ? La decisione nol dice, perchè per quel suo erroneo principio non crede poter discendere alla disamina ed estimazione delle pruove antiche, nè delle novelle, benchè quelle per legge sieno incorporate a queste.

63. Che diremo poi degli altri indizii e delle altre nuove pruove, delle quali tessono un lungo elenco il ministero-pubblico e la parte-civile ne'loro motivi per annullamento, ed a'quali la gran-corte nemmeno rivolge un' attenzion passaggiera ? Io non credo violato con ciò l' art. 193 pr. pen., come i ricorrenti sostengono ; perchè l' art. 192 riguarda tassativamente le decisioni pronunziate dietro pubblica discussione. Ma son violati certamente gli stessi art. 163 e 165, ove per *nuove pruove* e per *nuovo processo*, s' intendono tutte insieme le pruove che si sono novellamente raccolte, e non separatamente quella o questa fra esse; ed è violato l'art. 330, perchè la gran-corte non le esaminò tutte, appunto perchè in forza di quei due falsi principii credette sè incompetente a veder l' antico processo, ed il m. p e la parte-civile credette privi della facoltà di presentare come addizioni le pruove da essi prodotte.

64. Di fatti niuna estimazione si è fatta delle pruove nascenti da'contratti stipulati in Napoli tra l'accusato e *Ricciulli*, niuna di quelle che s'indicavano dalla parte civile per la varietà di condotta fra i rei, non pur ne' modi di difesa in esibir le scritture arguite di falso, ma anche nel rispondere alle interrogazioni se voleano farne uso, e in tutto ciò che formava il principio e le ragioni del falso, le quali non potean conoscersi indipendentemente dal giudizio civile e da' preliminari del giudizio penale: niuna delle risposte dell' amministrazion generale del registro e bollo con la guida delle leggi e regolamenti dell' amministrazione stessa onde supplir la pruova de'registri involati: niuna delle relazioni tra i rei principali ed i complici. le quali si scorgevano evidentemente nell'ultima perizia analitica guardata nel rapporto dell' antico col nuovo processo: niuna finalmente dell' influenza

delle falsità relative a *Calfa* e *Ricciulli* sulla causa attuale. Si dice bene che trattar queste falsità, come capi di accusa, non si poteva, perchè accusa particolare non v'era. Ma è un errore il dire che non potea ragionarsi di esse come argomenti delle falsità accusate: è un errore il dire che la gran-corte non poteva rinviar l'affare al ministero pubblico, perchè le aggiungesse come reati connessi alle falsità accusate, mentre su questi stessi reati connessi si era già formata l'instruzione: è un errore il dire che il rinvio per sicurezza pubblica della causa alla gran-corte di Napoli, riguardava tassativamente la sola e nuda causa delle falsità dedotte in Cosenza: esso abbraccia tutta la causa, complici cioè e rei principali, assenti e presenti, e tutte le accuse che nascono connesse e dipendenti dalla causa agitata in Cosenza. Tutto ciò è rimasto intatto ed inestimato; e lo è rimasto per errori di dritto: qualunque altro complice e reo principale che venga nella causa, trova tutte queste pruove non considerate, nè vedute ancora: lo stesso accusato le ha tutte ancora contro di sè, sia che si prosegua il giudizio delle altre falsità sia che per l'involamento de' registri, altro reato essenzialmente connesso a tutti questi, si presentino nuove pruove dentro il biennio; sia che si voglia spingere innanzi il giudizio dell'uso delle carte false la di cui falsità par che sia ritenuta nella decisione, come indipendente dall' opera dell'accusato. Ed in tal modo si è provveduto alla sicurezza pubblica e privata, che portava in fronte la delegazion particolare data dal Re per questa causa?

65. IV. *Terza restrizione abusiva della propria giurisdizione.*—Non meno erroneo è il principio di cui la gran-corte fa uso relativamente alla complicità. Ella suppone che avendo il ministero pubblico accusato costui di complicità nella falsità di un pubblico registro, senza definire nel riassunto dell'atto di accusa, se pel 1, pel 2, pel 3, o pel 4 n. dell'art. 74 ll. pen., egli avea mancato al suo ufizio e mal definito il reato. E sia pur ciò quantunque dalla narrazione del fatto, nella quale son descritti gli elementi dell'atto di accusa, si scorga chiaro che l'accusato era disegnato complice *per aver commesso di far registrare con falsa antidata* le scritture, o sia pel n. 1; tale essendo l' *invio per procuratore* di cui la stessa decisione ragiona. Ma come ha obbliato la gran-corte, che il di lei ufizio nel giudizio di sottoposizione all' accusa è per l'appunto quello di rettificare, se ne trova imperfetto, il riassunto 1) ? Ella dunque restringe nuovamente il campo della sua giurisdizione con confini che non ha segnati la legge.

66. V. *Quarta restrizione abusiva di giurisdizione.*—Questa è nata dall'essersi supposto, che non potesse ragionarsi affatto delle pruove della *frode*, per *non essere negli art.* 430 e *segg. ll. penali menzionato il caso di cui si tratta.* E pure il n. 5 dell' art. 430 prevede appunto il caso in cui *siasi fatto un lucro qualunque a danno altrui*, *facendovi uso di falsi atti, o impiegando altro inganno, rigiro o simulazione per persuadere l'esistenza di crediti immaginarii.* Potrà dunque esservi frode, ancorchè l'inganno, il rigiro, la simulazione sien semplici; e non vi sarà più *frode*, se l' inganno si spieghi con falsità in privata o in pubblica scrittura 2)? Si è in altre cause disputato in corte suprema, se un atto simulato fra alcuni per nuocere ad un terzo, constituisca reato di frode o di falso. La maggioranza vi ha trovato anche caratteri di falso. Ma chi ha dubitato mai che non constituisce una frode 3) ?

67. E della frode da molti scientemente consumata con simulazione a danno di un terzo, son certamente risponsabili tutti gl'interventi nell' atto simulato. Or tra le cose ch'io non comprendo in questa causa, una è il vedervi l'ostinazione di guardar solo questo accusato, ad onta che la parte-civile avesse insistito sempre anche contro degli altri, ond'ella non fosse obbligata alle spese di tanti successivi giudizii. Come mai si è scisso un giudizio, comune non solo e connesso, ma identico fra tutti ? Se costui era querelato di mandato a commettere la falsità, perchè non si è spinto il giudizio contro i mandatarii? Ecco un altro giudizio intatto an-

1) Art. 156 pr. pen.
2) V. appresso il n. VIII, § 10 e segg., ed il n. IX.
3) V. le nostre conclusioni al d. n. IX.

cora, tanto per se stesso, quanto per pruove non mai valutate, le quali ancorchè lo fossero state, la estimazione fattane col reo presente non nuocerebbe nè gioverebbe a coloro che sono ancora assenti. Se fosse stata veduta nel suo insieme la causa e nell'interesse di tutti, o sia se fosse stata osservata la legge, la causa certamente avrebbe avuto un ben altro risultamento.

68. VI. *Quinta restrizione arbitraria di giurisdizione.*—Crede di più nella sua decisione la gran-corte, che tosto che il fine della falsità è la frode, *la falsità è il solo reato*, su cui debba spiegarsi la cognizione. Ma è chiaro che in questo caso *falsità* e *frode* son due reati connessi come è p. e. il ferire alcuno per far uso privato de'mezzi della pubblica autorità su d'un fondo: svanir può la ferita, e rimanere l'abuso. E così può stare che la falsità svanisca, e non l'inganno, il rigiro, il falso nome che renda il fatto punibile come frode. La dichiarazione, *non consta* dell'un reato, non impedisce l'applicazion della pena per l'altro: anzi se entrambi constano, il mezzo viene col fine in paragone di pena, purchè il nesso fra i due reati non esasperi questa per disposizione espressa di legge.

69. VII. *Sesta restrizione per la falsa interpetrazione dell'art. 193 ll. pen.*—Crede la gran-corte, che l'accusato, avendo, ma dopo aver fatto uso sciente delle carte false, sostenuto innanzi a lei, che queste falsità non riguardano gl'interessi suoi, bensì quelli de'suoi nipoti, egli siasi con ciò *ritrattato* prima del giudizio, e che perciò la sua pena sarebbe solamente di prigionia per l'art. 193 ll. penali; pena correzionale (dice la decisione) *che fa comprendere l'azione nell'amnistia reale del 16 gennaio 1836, ed estinguerne il procedimento.* E che? Si è forse ritrattato costui nel giudizio civile, pria che le falsità avessero ottenuto il loro fine? Se fosse utile a' rei, dopo d'essere stati in tutto il giudizio civile pertinaci nel falso, produrre la loro *ritrattazione* prima della definitiva nel giudizio penale, ciò sarebbe una derisione, non l'adempimento della legge. La ritrattazione per la quale i rei di falso trovan tanta indulgenza nell'art. 193. è favorita sol per impedire che il falso raggiunga il suo scopo, non per eluder la pena dopo che questo è raggiunto 1). Nell'insorgere contro questi principii si son creati nella mente della maggioranza del collegio altrettanti ostacoli illegali; onde o non entrar punto nella estimazione de'fatti, o travolgerla.

70. Per questi motivi, altri dedotti o dal ministero pubblico o dalla parte civile e da me sviluppati, altri derivati da questi e da me elevati di ufizio, io dimando, che dichiarati i due ricorsi ricevibili, la decisione di cui ragioniamo, venga annullata così nell'interesse della legge, che delle parti 2).

—

1) V. le regole, e gli arresti della corte suprema relativi a questa materia, *infra* al n. X.

2) La corte suprema, come sopra si è avvertito, dichiarò che i ricorsi erano ricevibili avverso la parte definitiva della decisione, ma che tanto il ministero pubblico, quanto la parte civile ne erano decaduti (V. la nota alla pag. 515 e segg.). Fece diritto poi, ma nel solo interesse della legge, alle conclusioni relative al merito, motivando così l'annullamento:

« Or la decisione in esame racchiude diversi principii erronei che a viziano in guisa, da renderne necessario l'annullamento nell' interesse della legge. Tali errori di dritto sono dottamente esposti nelle conclusioni del m. p. presso la corte suprema dal numero 50 in poi delle stesse conclusioni (V. *supra*, pag. 521). E la corte suprema, esaminando i mezzi elevati di ufficio, adotta in linea di *considerati* le conclusioni medesme, dal suddetto numero cinquanta in avanti, contro la parte diffinitiva della decisione, per la quale si è accordata la libertà assoluta dell' accusato, ed in tutto ciò che non si oppone al presente arresto circa la decadenza de' ricorsi nell'interesse delle parti: »

« Pei quali motivi, la Corte Suprema ».

« I, Dichiara il min. pubblico e la parte civile decaduti dal ricorso contro la parte diffinitiva della decisione impugnata, con cui si è data la libertà assoluta all' accusato suddetto pei reati di falsità in iscritture private, e di falsità sui pubblici registri, ad oggetto di commetter frode qualificata pel valore a danno di Pangrati: »

« II, Annulla nell'interesse della legge la parte diffinitiva della decisione impugnata, relativa alle indicate falsità ad oggetto di commetter frode qualificata come sopra: »

« Ordina che il presente arresto sia notificato a senso dell'articolo 337 pr. pen. »

Or seguendo i principii di quest' arresto, quale sarà il modo onde conciliare insieme l'umanità e la giustizia? Che l'assoluto debba aspettar nel carcere il comodo de' giudici per la compilazione della decisione, e sien pure tre soli giorni, e poi il giorno della notificazione, e poi tre altri utili alla produzione del ricorso, sarebbe già un tormentare altrui con una lunga settimana di angosce, e tormentar-

AVVERTIMENTO

Nella conclusione precedente ci siamo riportati ad altre nostre conclusioni, e ad altri arresti della corte suprema, I, *intorno alla pubblicazione delle decisioni* (§ 2); II, *intorno al ricorso della parte-civile quando non vi è ricorso del pubblico ministero* (§ 5 e 38 in fin); III, *intorno all' aggiunzione de' giorni per le distanze onde adempiere agli art. 312 e 313 pr. penale* (§ 8 e 37); IV, *intorno a' caratteri della frode* (§ 66); V, *intorno all' applicazione dell' art. 193 ll. penali* (§ 69). *Per non divertire ad altri oggetti, prima di esaurir questi, l' attenzione del lettore, diamo qui cinque altre nostre conclusioni, nelle quali queste quistioni, benchè insieme con qualche altra non meno importante, vengono trattate.*

VI e VII.

Al § *2*. ed al § *5* del n. *V*.—*I*, Condanna pronunziata senza citare nè udire le parti condannate.—*II*. In quali casi sia necessaria la trascrizione dell' art. della legge applicata.—*III*, Art. 41 della legge de' dazii indiretti.—*IV*, Pubblicazione delle decisioni definitive.—*V*, Irricevibilità del ricorso della parte-civile, quando non vi è ricorso del p. m.

SOMMARIO

Concl. prima (n. VI.) — *Le prime quattro quistioni.*
I. Stato della causa, § 1.
II. *Prima quistione.* — Valore della condanna senza citare, nè udire i condannati, § 2.
III. *Seconda quistione.* — In quali casi debba trascriversi l'art. della legge su cui la dispositiva è fondata, d. § 2.
IV. *Terza.* — Quale sia il senso dell'art. 41 della legge doganale, § 3 e 4.
V. *Quarta.*— Quando la mancanza di pubblicazione della decisione porti a nullità.— Art. 145 l. org. — Altre leggi, § 5. — Uso, § 6 e 7.
VI. Se l'art. 303 pr. pen. escluda la necessità della pubblicazione delle definitive prima della discussione pubblica, § 8 ad 11
VII. La pubblicazione appo noi della decisione non ha per oggetto l' interesse delle parti, § 12, 13 e 14.
VIII. Real decr. del 1825, § 15.
IX. Conchiusione, § 16.
Concl. seconda (n. VII.) — *Quarta e quinta quistione.*
I. Quinta quistione, § 1 e 2.
II. Quarta quistione, § 3.
III. Conchiusione, § 4.

VI.

Condanna *inaudita parte*. — Quando debba trascriversi l' art. della legge. — *Art. 41 l. 20 dic. 1826*.—Pubblicazione delle decisioni.

1. Signori 1),i due ricorrenti querelarono di falso un verbale contro di essi compilato e ratificato da alcuni agenti doganali. Se ne instruì un processo; ma i querelati, prima dell'atto di accusa, prosciolti vennero dal giudizio. Se non che la gran-corte, con la decisione stessa che assolveva i querelati, condannò a 150 ducati di multa i querelanti. senza però citarli, nè udirli, *salvo a procedersi per la ca-*

ne forse l'innocenza. Prodotto, in fine il ricorso, aggiungele un mese per inviarlo al ministero, e quindici giorni di preparazione per la corte suprema, e l'ordine del ruolo, ed il tempo della discussione, compilazione e spedizione dell'arresto. E se dopo tutto ciò il ricorso vien rigettato, chi non fremerebbe a tanto rigor di forme, protettrici non più, ma distruggitrici d' ogni giustizia? Poichè l'esecuzione prematura non fa decadere il m. p. dal ricorso, io non veggo altro scampo, che far sempre eseguire in prima la decisione, ma obbligare nel tempo stesso l' accusato a stabilir con un atto in cancelleria il suo domicilio elettivo nel comune di residenza del suo giudice, ove possa intimarglisi fra le 24 ore il ricorso (Arg. dall'art. 49 pr. pen.); espediente non esente da molte difficoltà, ma sempre lievi a fronte della sevizia di ritenere con una pena dopo l'assoluzione, a volontà dell'accusatore, un innocente nel carcere.

1) Conclusioni nella causa di *Pasquale Ingenito* ed *Aniello Pastore*, 7 di gennaio 1839, de Luca comm., Nicolini m. p.

lunnia come per dritto. — Quattro nullità mi obbligano a dimandare la rescissione di questa condanna.

2. La prima è nell'incivile, anzi incomportabile esempio *rei iudicatae contra cives, indicta causa* 1) (a). La seconda è nella mancanza della trascrizione del testo della legge sulla quale la condanna è fondata 2). Ed appunto per non averlo la gran-corte tenuto sotto gli occhi, nè attentamente considerato, non si è poi da una terza nullità garentita.

3. Questo suo testo è l'art. 41 della legge de' dazii indiretti del dì 20 dicembre 1826, la quale dopo di avere a' processi-verbali di contrabbando accordata fede sino ad inscrizione in falso, dice in quest' art. *Ammessa l' accusa di falso*, e *discussa in merito dalla gran-corte, se risulterà calunniosa, colui che l' avrà prodotta, sarà soggetto alle pene comminate contro i calunniatori*; *ed in oltre, venendo rigettata, con la stessa decisione il querelante sarà condannato alla multa di ducati 150, da eseguirsi realmente* e *personalmente*.

4. Tre dunque sono le condizioni, che quest' art. esige cumulativamente per la condanna alla multa. — La prima è che l' accusa sia ammessa. Ma l' accusa non è ammessa se non *quando la gran-corte dichiara l' imputato in legittimo stato di accusa* 3); condizione che nella causa presente non si è verificata. — La seconda condizione è che l'accusa sia stata discussa in merito, il che per le accuse ammesse non può farsi che dietro pubblica discussione; altra condizione che manca nella causa. — La terza è che l'accusa, così ammessa e discussa, risulti calunniosa Vi occorre dunque una decisione di libertà assoluta contro gli accusati di falso, alla quale si aggiunga, *che si apra una procedura di calunnia*, potendosi anche spedire contro gl' imputati un mandato di arresto. Ma la gran-corte non solo non si avvale qui della facoltà di spedire un mandato di arresto, ma nemmeno ordina che si proceda di calunnia. Ella dice solamente: *salvo a procedersi per la calunnia, come per dritto* (§ 1): soggiunzione vana; perchè ove la gran-corte non ispedisca mandato di arresto, nè ordini giudizio di calunnia, sempre *resta salvo all'assoluto d' intentarne un separato giudizio*. E che sarebbe, se intentato da costui un tal giudizio, i caratteri della calunnia non si verificassero? — Niuna dunque delle tre condizioni ch' esige l' art. si è qui verificata. La condanna ha contravvenuto al testo espresso della legge.

5. La quarta nullità è nella mancanza della pubblicazione della decisione. La pubblicazione delle leggi, e di tutto ciò che ha forza di legge, vien richiesta, non

1) Cic. io Verrem, IV, 27, et Philipp. II, 23.— V. il n. VI, § 2, pag. 147 — Arreste del dì 19 dicembre 1838, nella causa di *Pietre Teneriello*, Lengobardi comm., Nicolini m p.

(a) *Secondo il ced. di proc. pen. del 1859 l'articolo della legge opplicata si leggeva dal presidente nella pubblicazione della sentenza, in luoge di trascriversi in questa (art. 301 proc. pen.): nella procedura attuale il corrispondente art. 322 non fa menzione di cotesta lettura.*

2) Art. 394 pr. pen. — Real decreto 12 aprile 1820. — V. il *n.* XXIV, pag. 350 — Sempre dunque dee trascriversi il testo della legge su cui si fonda la dispositiva di assoluzione e condanna. Anzi la corte suprema ne' primi tempi della esecuzione delle nuove leggi avrebbe voluto ciò anche nelle decisioni di semplice competenza, come fu detto contro le mie conclusioni, in due arresti del 7 aprile 1820, anteriori al d. real decreto, l'uno nella causa di *Giuseppe Mancino-Rizzello*, Mastelloni comm, e l'altro nella causa di *Matteo Viola*, Libetta comm. — È vano però trascrivere il testo della legge su cui poggia la motivazione. Tale p. e. sarebbe l'art. 351 ll. pen. che definisce la premeditazione. Arresto del 3 agosto 1836, *Emilia Ruscillo*, Montone comm., Nicolini m. p. — Non così dell'art. 352, *n.* 4, quando si tratta di omicidii fra gli stretti congiunti, indicati nell'art. 353. Arresto di annullamento, contro le mie conclusioni, del 27 nov. 1837, *Francesco Cristiano*, Celentano comm., Nicolini m. p., Leopoldo Tarantini avv.; tal che in questa causa, trascritto poi l'art. 352 n. 4 dalla gran-corte di rinvio, il ricorso con arresto del 3 settembre 1838 venne rigettato. — L'art. 385 per la decadenza dell'appello, non mena di per sè ad assoluzione o condanna: quindi non importa che non sia trascritto. Arresto del dì 8 giugno 1838, *Lorenzo Palma*, Laudati comm., Nicolini m. p.— All'incontro l'art. 491 ll. pen. che ne' furti commessi con violenza fa eccezione alle regole del tentativo espresse negli art. 69 e 70, dev' essere trascritto a pena di nullità. Arresto del 25 luglio 1836, *Domenico Scaltari*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — Condannato alcuno ad uno de' gradi dei ferri, è necessario trascrivere l'art. su cui poggia la condanna, non già l'art. 9 ll. pen. che distingue la pena de' ferri in quattro gradi. Arresto del 20 marzo 1839, nella causa di *Niccola* e *Maria Carlizzi*, Montone comm., Nicolini m. p.

3) Art. 155 ll. di pr. pen.

solo per darne scienza a ciascuno, ma per far conoseere esser quello un atto solenne della pubblica autorità, che astringe ciascuno a ubbidirlo 1). E perciò l'art. 145 della legge organica delle autorità giudiziarie di qua del Faro, legge d'ordine pubblieo, prescrive per tutti i tribunali in termini generali e assoluti: *I presidenti annunzieranno alla pubblica udienza le decisioni prese da' rispettivi tribunali*, e *dalle rispettive gran-corti.* L'art. 153 della l. org. siciliana non rimette questo dovere: solamente permette a' presidenti di ordinare a'caneellieri, che eseguan essi in nome del collegio sì fatta pubblicazione. L'atto della pubblicazione nel nostro antieo sacro-regio-consiglio eorrispondeva all'augusta maestà di quel corpo: vi si adempiva *capite operto, apertis secretarii foribus, intro voeatis omnibus.* S'intende già che ciò si praticava nelle definitive di assoluzione o eondanna, le quali solc, per l'oggetto in eontroversia tra le parti, hanno forza, di per se stesse, di legge irrevocabile. Per lo che l'art. 19 del decreto 3 aprile 1812 2) non dichiarò nullità che la mancanza di pubblicazione delle sentenze e decisioni in ultima instanza. Con queste leggi anteriori è stato poi sempre interpetrato l'art. 145 della l. organica 3).

6. Nè le sole decisioni venivano da'nostri antichi con tanta solennità pubblicate. Siecome i testamenti hanno anehe forza di legge per tutto eiò che si ha dritto di trasmettere altrui dopo la morte, così anche i testamenti dovevano una volta pubblicarsi 4). Oggi poi tutti gli atti autentici e pubbliei celebrati da' notai, debbon essere indistintamente pubblicati a pena di nullità 5).

7. Nulla più interessa il pubblico, quanto l'amministrazione della giustizia: per cui è parte del nostro diritto pubblico, ehe *ius publice dicendum est* 6). Le deliberazioni non possono farsi che nel raccoglimento e nel silenzio, senza ehe il movimento d'un pubblico curioso distolga l'attenzione de' giudici, la quale dee rimaner fisa unieamente a'fatti già discussi della causa: niuno, in momenti sì gravi, può osare intramettersi tra la lor eoscienza e la legge. Ma eonchiusa la deliberazione, allora è che in tutta la solennità d'un atto della maggiore autorità che possa mai il Re delegare, atto intitolato dell'augusto suo nome, questa deliberazione debb'essere pubblieata. I notai, non che i tribunali e le gran-corti eivili, non vi mancano mai. Ond'è ehe le gran-corti criminali sì sovente vi mancano? È forse meno importante, è meno solenne il loro ufizio di quello de' notai e de'giudici eivili? Vi è forse il pubblico meno interessato?

8. Alcuni credono questo bisogno della pubblicazione, ristretto alle sole decisioni pronunziate dietro pubbliea discussione, perchè l'art. 303 delle ll. di pr. penale, parlando di tali decisioni, dice: *Fatta la decisione, la gran-corte ritornerà nella pubblica udienza, ed il cancelliere pubblicherà la decisione.* E l'art. 541 del regolamento: *Le dispositive delle decisioni, prese in seguito della pubblica discussione, saranno lette all'udienza pubblica in continuazione della deliberazione.* Ma in qual parte delle leggi di procedura o del regolamento vien derogato alla legge d'ordine pubblico, che non distingue decisioni dietro pubbliea discussione, da decisioni sul processo istruttorio? L'art. 145 della l. org. parla di tutte le decisioni; *en genus*: l'art. 303 pr. pen. e l'art. 541 del reg. parlano delle decisioni dietro pubblica discussione; *en species*. Or la *specie* allora deroga in parte al *genere*, quando vi è contrarietà, cioè a dire *antinomia* tra le due leggi, in quanto che l'una fissa un canone generale, l'altra vi apporta un'eccezione 7). Ma quando ad un easo particolare si adatta eon disposizione espressa la regola generale, le due disposizioni sono d'aeeordo fra di loro; la se-

1) Quindi le voci *edicere, edictum.*

2) Decreto organico della corte suprema, quando ella venne divisa in tre camere. Ivi si determinarono i casi precisi di nullità, il primo de' quali era questo. Tal decreto fu in vigore fino all'ultima legge organica del 1817; e l'art. 19 di quello, fu convertito nel 145 di questa.

3) L. 26 et 27, D. *De legibus.*

4) *Publicati testamenti fides.* L. 2, C. VI, 23, *De testamentis.*

5) Art. 20 e 26 l. 23 nov. 1819.

6) L. 1, § 8, D. V, 1, *De iudiciis.*

7) *In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.* L. 80, *De reg. iuris.*

conda non solo non deroga in tutto, ma nemmeno è eccezione della prima: n'è anzi una più forte ripetizione, come avvien sempre quando ella si fa o per ricordo ne' casi più gravi, o per dare una norma certa onde adattare il genere alla specie, o per togliere ogni motivo di dubitazione 1). L'unica cosa che l'art. 303 deroga alla legge organica, è che in forza della l. org. la pubblicazione dee farsi dal presidente, e quest' art. permette ch' ella sia delegata al cancelliere. E ciò si permetta pure nelle altre specie di decisioni: l'art. 303 non dice certamente che niun' altra decisione debba essere pubblicata.

9. Anzi per gli art. 180 e 213 della procedura penale, i quali fan menzione della pubblicazione delle decisioni prima della pubblica discussione, è chiaro che la legge suppone per tutte le decisioni sempre in verde osservanza l' art. 145 della legge organica. Questi art. 180 e 213 precedono l'art. 303, come lo precede l' art. 268, dove per incidente, e come di cosa appartenente al dritto pubblico sancito dalla legge organica, si parla della pubblicazione delle deliberazioni nel corso della pubblica discussione. E tutti escono delle leggi nostre preesistenti, tanto per la procedura del sacro-regio-consiglio, quanto per la procedura dopo le nuove leggi in forza dell' art. 19 del decreto del 3 aprile 1812 (§ 5).

10. Per lo che l' art. 303 il quale parla della pubblicazione delle decisioni deliberate dietro la pubblica discussione, è qui per l'appunto un ricordo del dovere imposto per tutte le decisioni, diventato più imperioso in un caso fra tutti il più solenne; ma sarebbe strano il credere che ne rimangano negli altri casi i giudici disciolti. Anzi quando si legge tutto l' articolo 333, ne risulta, ch'esso non fa che indicare la formola ed il metodo di applicazione dell' art. 145 della legge organica alle decisioni dietro pubblica discussione; poichè alle parole, *il cancelliere pubblicherà la decisione*, aggiunge, *o leggendola per intero*, o *quando la corte lo stimerà, leggendo le quistioni di fatto e di dritto*, e *le risoluzioni che han determinata la decisione.*

11. Nè vale il dire che la sola discussione pubblica si fa a porte aperte, e che quindi alle sole decisioni che la conseguitano debb'essere chiamato il pubblico che le aspetta. Imperocchè la pubblicazione non ha per oggetto il soddisfare l' oziosa curiosità altrui, bensì il mostrare i depositarii della giustizia in tutta la maestà del potere di cui il Re li ha investiti, chiudere con una pronunziazion solenne, tanto prima della discussione pubblica e senza bisogno di essa, quanto dopo, una controversia. Questa necessità sì grave nelle cause civili, è ben più imponente quando si tratta del capo, della libertà, dell'onore dei cittadini.

12. Nè men grella e meschina è l' altra restrizione che alla solennità della pubblicazione delle decisioni vuol farsi da taluni altri. Costoro si appoggiano all'art. 20 della legge sul notariato: *La pubblicazione degl'istrumenti si fa colla lettura chiara ed intelligibile alle parti ed a' testimoni, non solo dell' intero atto, ma anche degl'inscriti*. Ed in conferma della loro opinione, aggiungono, che gli art. 180 e 213 pr. pen. (§ 9), se parlano di pubblicazione, la vogliono *in presenza delle parti* o *de' loro difensori*. Ove dunque (si dice da costoro) ove non son chiamate le parti alla discussione, non è necessaria la pubblicazione. Tali sarebbero tutte le decisioni definitive, con le quali prima della pubblica discussione, e particolarmente nel giudizio di sottoposizione all'accusa, si può definire non esister reato, o l' azione penale essere estinta, o l'innocenza dell' imputato risultar chiara dagli atti 2).

13. Ma la risposta è assai facile. La pubblicazione degli atti notarili è nel solo interesse delle parti contraenti. Prende adunque forma dall' indole dell' atto. Ma della giustizia pubblica può dirsi altrettanto? Oltre a che, qual è il luogo pubblico 3) ove risegggono i notai per fare de' loro atti una pubblicazione più solenne, se spesso essi vanno a celebrarli nelle case de' privati? È vero che il nome nobilissi-

1) V. Iac. Goth. in comm. ad tit. *De reg. iuris*, ad hanc l. 80.

2) Art. 114 e 145 pr. pen.

3) La forza della frase, *in loco publico*, è spiegata da Paolo nella l. 19, D. II. 4, *De in ius vocando*, e da Ulpiano nella l. 36, § 1, XVII, 1, *mandati*, e nella l. 64, D. XLVI, 1, *De fideiussoribus*.

mo di *curia* 1), è passato fra noi alle ufizine de' notai; ma pubblico è il loro ufizio, non il luogo. La voce antica non rappresenta appo noi la sua prima alta significazione, che cangiando di suono e d' inflessione, nella voce *corte*. E noi di corti di giustizia parliamo, non di curie di notai. Dalla legge del notariato abbiam tratto argomento d'analogia per la necessità della pubblicazione di ogni atto pubblico (§ 6): ciascun d'essi però con diversità di forme e di persone che debbono intervenirvi, secondo la diversità dell'importanza e del fine degli ufizii.

14. Similmente negli art. 180 e 213 pr. pen. la presenza delle parti o de'loro difensori è rilevata soltanto per far sì che la pubblicazione tenga luogo di notificazione. Ma questi art. non dicono già, che ove la pubblicazione non possa tener luogo di notificazione, ella non sia necessaria. La pubblicazione è richiesta per la manifestazione della giurisdizione nell'interesse del pubblico; la notificazione riguarda il cominciamento de' termini per rendere la decisione esecutoria nell'interesse delle parti. L' uno e l'altro è il fine della pubblicazione delle leggi; ma non sempre così duplice può esser quello delle decisioni, perchè alle parti non può notificarsi che una decisione, non pur pubblicata, ma corredata di motivazione e compiuta, dopo che dietro la discussione, ella è stata deliberata in consiglio segreto 2). Ove i giudici non abbiano maggior luogo per la pubblicazione, che la camera stessa del consiglio, allora *apertis secretarii foribus, intro vocatis omnibus* 3), può chi vuole *iudicis intrare secretum* 4), ed udire: ove poi abbiano per sì solenne oggetto una sala maggiore, vi usciranno, o che le parti e moltissimi del popolo li attendano, o che quelle non vi sieno, e degli altri non si trovino a caso che pochi. La pubblicazione esige la facoltà data a chiunque d' intervenire, non l' attualità che tutti intervengano.

15. È cosa veramente nuova l' incontrare ne' magistrati penali tanta riluttanza in eseguire un atto sì necessario e solenne, che facilissimo e breve nella sua esecuzione, tende non per tanto a rilevare la maestà dell' ufizio. Si direbbe che quasi vergognosi di se stessi, temono annunziare al pubblico quello di cui non sentono di essere ben conscii e sicuri. A riparar tanto male non bastarono i ripetuti arresti di questa corte suprema. Venne il Re finalmente 5), e col decreto del dì 9 di dicembre 1825 statuì di nuovo: *La omissione di pubblicare a norma dell' art. 303 delle ll. di pr. pen. le decisioni definitive delle gran-corti criminali, porta a nullità*. Ognun vede che la menzione dell' art. 303 non è qui una limitazione del dovere; vi è fatta solo per la indicazione della forma: dappoichè non è detto nel decreto, *ne' soli casi dell' art.* 303, ma bensì, *a norma dell' art.* 303. E come l' art. 145 della l. organica del 29 maggio 1817 prescrisse, qual adempimento d' ordine pubblico, la pubblicazione delle decisioni in ultima istanza, sia che fossero pronunziate innanzi, sia che fossero pronunziate dopo la pubblica discussione, sia che lo fossero *partibus auditis*, sia che lo fossero *ex officio*, ripetendo ciò che trovavasi già statuito dall' art. 19 del decreto, ugualmente organico, del 3 aprile 1812 (*supra* § 5), così quest' ultimo real decreto del 1825 abbraccia ugualmente tutte le definitive; e la nullità d' ogni decisione definitiva, è fulminata in tutti i casi per la mancanza della pubblicazione.

16 Definitiva è la condanna, contro di cui si è prodotto ricorso. Ella non è stata

1) Da *curi*, voce sabina, dinotante *asta*, *scettro*, segni d'impero. Quindi il nome *Quirites*, che s'indirizzava a' Romani, qual titolo di maestà nelle adunanze solenni. Quindi GIULIO CESARE richiamò i soldati sediziosi agli ordini ed all' ubbidienza alle leggi, non che al sentimento della loro dignità, QUIRITES *vocando*. TAC. Ann. I. 42.

2) *Non publice, sed in secreto loco*. L. 6, C. VII, 45, *De sent. et interlocutionibus*.

3) L. 2, C. Theod. 1, 7, *De off. rectoris prov*

4) L. 14, C. IV, 20, *De testibus*. — CUIACIO dimostra, che *secretum* e *secretarium* non suonino qui che *auditorium iudiciis*. V. la nostra *Proc.pen.* II, 152, 648, III, 864.

5) Fu un fenomeno che si vide frequentemente ne' primi anni dell' ultima organizzazione giudiziaria. Molti furono gli annullamenti pronunziati per questo motivo. Arresto nella causa di *Francesco Cacia*, 26 nov. 1819, DI FIORE comm., NICOLINI m. p. — Arresto nella causa di *Federico Rendisi*, 11 febb. 1820, PARISI comm., NICOLINI m. p., BARONE POERIO avv. del ricorrente. — Nè gli annullamenti cessarono in seguito, tal che vi fu bisogno di un provvedimento legislativo.

pubblicata. Per questo motivo, c pei tre altri sopra esposti (§ 2, 3 e 4), dimando in nome della legge l' annullamento della decisione 1).

VII.

Ricorso della parte civile. — Pubblicazione.

1. Signori 2),abbiamo un ricorso di parte-civile avverso una decisione di libertà profferita nel corso dell' instruzione delle pruove; decisione di cui non si duole il pubblico-ministero. L' esercizio dell'azion civile nascente da un reato è essenzialmente subordinato all' esercizio dell'azione pubblica: la parte privata non può spiegare la sua azione innanzi a' giudici penali, quando il ministero-pubblico o non più agisce, o si accheta alla sentenza o decisione profferita sulle sue prime procedure 3).

2. Di fatti l' interesse dell' ordine sociale è l'oggetto principale della giurisdizion criminale; gl'interessi privati non ne sono che oggetto accidentale ed accessorio. Quindi dopo che l' art 318 pr. pen. statuisce non competere al ministero-pubblico nè alla parte-civile dritto di ricorso contro le decisioni di libertà provegnenti da quistioni di fatto, l' art. 319 dice così: *Se le decisioni di libertà nascono da risoluzione di quistioni di dritto, allora il ricorso del ministero-pubblico impedisce l' esecuzione, ed è esaminato nell'interesse della parte. — La parte-civile ha dritto in questo caso di aggiungere il suo ricorso a quello del ministero-pubblico.* Or il ministero-pubblico non ha prodotto ricorso in questa causa. Dunque la parte-civile *caret iure* 4), ed il suo ricorso non è ammessibile.

3. Ma la decisione non è motivata, e non fu pubblicata (*Qui si ripete il ragionamento espresso ne' §§ 5 e segg. della conclusione precedente pronunziata nello stesso giorno 7 gennaio 1839*).

4. Dimando perciò l' annullamento della decisione nell'interesse della legge 5).

VIII.

A' §§ *8, 37, 66,* del n. *V.* — *I* Compimento del trattato intorno alle condizioni richieste a pena di decadenza ne' ricorsi del m. p., e della parte-civile. — *II*, Facoltà dell' appellante di rinunziare ad una parte de' motivi di appello ne' giudizii correzionali. — *III*, Trascrizione del testo di legge. — *IV*, Indole delle eccezioni perentorie. — *V*, Caratteri della frode. — *VI*, In quali casi non è più facoltativo, ma necessario il ripetere in grado di appello la discussione pubblica ne' giudizii correzionali.

SOMMARIO

SEZ. I. *Se i ricorsi prodotti in questo couso sieno ammessibili.*
I. Stato della quistione, § 1.
II. Primo motivo d'irricevibilità, tratto dal difetto della notificazione a' rei del ricorso del m. p. fra le 24 ore, § 2 e 3.
III. Se l' aggiuozione de' giorni per le distanze, debba accordarsi anche nel caso di distanze incomplete, § 4.
IV. Secondo motivo. — Se la causa di cui trattiamo riguardi eccezione perentoria, o merito, § 5.
V. Terzo motivo d' inammessibilità, e prima parte dell'arresto della corte suprema, § 6.
SEZ. II. *Discussione de' motivi per annullomento.*
I. *Primo motivo.* — Facoltà dell'appellante di rinunziare ad una parte de'motivi di appello, § 7.
II. *Secondo.* — Facoltà della g. c. di ripetere in grado di appello la pubblica discussione ne'giudizii correzionali, § 8.

1) Così è stato deciso, adottandosi per motivazione il ragionamento esposto in queste conclusioni.

2) Conclusioni nella causa di *Domenico di Louro* ed *Antonio Pinto*, 7 genn. 1839, FRANCHI comm., NICOLINI m. p.

3) V. sviluppati ampiamente questi principii nelle nostre conclusioni nella causa *Boilhotre* e *Vittozzi*, 30 luglio 1817, CANOFARI comm., *Suppl. alla collezione delle ll.*, n. 145. — V. n. XII, pag. 91 di queste *quistioni*.

4) V. la *nota* 2 *alla pag.* 514.

5) Così è stato deciso.

III. *Terzo.* — Trascrizione del testo di legge, § 9.
IV. *Quarta.* — Vi è luogo a quistiane di prescrizione, quando si è risoluto che il fatto non caolenga reata? § 10. — Questi primi qnattro motivi non sona sostenuti dalla legge.
V. *Quinto.* — Il fatto che ha dato luago al giudizio, contiene o non contiene reato? — In ciò risiede la causa, § 11.
VI. Fatti dell'accusa non messi in controversia da alcuna delle parti, § 12 a 14.
VII. Fatti controversi, § 15 e 16. — Citazione poggiata su questi fatti coolroversi, § 17. — Ostinata *appasizioae* de' querelanti a questi fatti asseriti dal querelaote, § 18. — Risultamento della pubblica discussione, § 19, 20. — Sentenza del primo giudice, § 21, 22. — Modo come nella causa si è giudicata l'appellazione, § 23.
VIII. Fatti della gran-corte diversi da quelli del primo giudice, § 24 e 25. — Estimazione diversa de' fatti ugualmente ritenuti sì dalla gran-corte, che dal giudice § 26.
IX. Nelle cause correzianali non può il giudice di appello convincersi di un fatto diverso da quella di cui si è convinta il giudice di prima istanza senza rinnavare la pubblica discussione, § 27 a 29.
X. Omissioni moltiplici della gran-corte nella disamina del fatto, § 30 a 32. — Art. 1305 ll. cc., § 33.
XI. Canchiusione, 34.
XII. Seconda parte dell'arresto della corte suprema: ella riguarda il merito dei ricorsi, d. § 34, in *nala*.

—

Sezione I.

Se i ricorsi in questa causa sieno ammessibili.

1. Signori 1), condannati per frode dal giudice correzionale del circondario Vicaria, a querela del sig. *Saint-Hilaire*, i sigg. *D. Niccola, D. Luigi* e *D. Ferdinando Bonocore,* la gran-corte criminale di Terra di lavoro, in grado d'appellazione, li ha assoluti. Contro sì fatta assoluzione ricorrono a questa corte suprema il procurator-generale del Re presso quella gran-corte, e la parte-civile. Gli assoluti oppongono tre motivi d'*irricevibilità* a questo richiamo.

2. Il primo ricorda, che il ricorso del pubblico-ministero, pei due art. 312 e 313 pr. penale, debb' essere, a pena di decadenza, notificato a' rei dentro le ventiquattr' ore dalla presentazione di esso in cancelleria (a). Il ricorso del procurator-generale fu presentato in cancelleria nel dì

1) Conclusioni pronunziate all'udienza del dì 11 di settembre 1837, nella causa di *Ferdinanda Niccola* e *Luigi Bauocore*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Fed. Castriota-Scanderberc avvoc. della parte-civile ricorrente, Liaorio Romano e F. S. Lombardi avvocati resistenti al ricorso

(a) *Anche satta l'impera della nuava procedura penale il termine pei gravami non decorre dalla notificazione, ma dal di della prolazione della sentenza, allorchè l'imputato fu presente nel giudizio (art. 355, 401, 649). Questa sistema era corrispondente alla prescrizione accolta dal codice di proc. penale del 1859 che non obbligava il magistrato penale di emettere la sua sentenza immediatamente dopo la pubblica discussione, potendo anche darla alla udienza successiva (art. 306). Il magistrato aveva per tal modo nei casi di cause gravi a complicate tutta la appartunità di redigere una buona sentenza, pubblicarla per intero nella udienza seguente, e mettere le parti nella condizione di esaminarne la giustizia e decidersi per la presentaziane o no dei legittimi gravami. Ma la nostra Cammissione legislativa con savia discernimento riportò le cose al nostro sistema anteriore, e considerà nan daversi mettere nel nulla il benefizio del passaggia immediato dall' ultimo atto della pubblica discussiane alla deliberazione ed indi alla pronunciazione pubblica del giudizio, affinchè la mente del giudice non si distragga col passare ad atti estranei alla sua causa. — Oggi abbiama unificata la legislazione al riguardo (art. 318). Ed il novello codice di pr. p., a raggiungere sempre più un tale scopo, dispane che i dibattimenti innanzi ai pretari, ai tribunali carrezianali ed alle corti nelle seziani degli appelli carrezianali, potranno per gravi mativi, col cansensa delle parti, essere interrotti e rimandati con ardinanza motivata per la continuazione ad una delle udienze successive, purchè non sia oltre dieci giorni (art. 282).*

Or col sistema di pronunziarsi la sentenza immediatamente dopa il dibattimento, non è esatta il richiedere la pubblicaziane della sentenza intera nella stessa udienza, salvo che non si tratti di quelle relative alle Corti d'Assisie, di ritenersi la pubblicazione all' udienza in luogo della notificazione, e fissarsi il decorrimenta dei termini pei gravami dal dì della pranuncia, quando l'imputata fu presente al dibattimento; e ciò perchè a parte che nei tribunali dove i giudizii sona numerosi, come presso nai, riesce impossibile, dopo la seria attenzione prestata per lo esame delle prove durante la pubblica discussione, accuparsi immantinenti della redazione della sentenza; e quando pure ciò potesse farsi, si avranno sempre redazioni erronee ad imperfette.

Ma il danno più grave che promana dalla decorrenza dei termini dei gravami dal dì della pronuncia nei casi dei rei presenti, si è quello di far produrre mattissimi gravami ab irata, i quali tuttochè abbandonati in seguito, sono sempre cagione di differimento per l' esecuzione dei giudicati e d' imbarazzo per la spedita amministrazione della giustizia. Senonchè, pradotto una valta il gravame, nasce naturalmente il desiderio

20 maggio di quest' anno; ma non fu notificato nel dì 21, cioè fra le ventiquattr'ore, bensì nel dì 22.

3. La risposta è assai semplice. Il giorno 21 di maggio era festa di doppio precetto 1). Oltre a ciò il ricorso non poteva esser presentato che nella cancelleria della gran-corte sedente in S. Maria di Capua, la quale avea pronunziata la decisione 2). I tre assoluti non avevano quivi

di vederlo discusso, anche perchè col sistema del codice novello, che non consente aumentarsi mai la pena dal giudice superiore quando l' appello non fu prodotto dal pubblico ministero, il giudicabile vi ha tutto da guadagnare e nulla da perdere: anche le leggi di proc. civile del 1819 dichiararono inammessibili gli appelli fra gli otto giorni dalle pronunzie non eseguibili provvisionalmente (art. 513), e ciò appunto per evitare i gravami prodotti ab irato.

Noi abbiamo già detto che un tal sistema sancito con gli articoli 364, 419 e 678 cod. proc. penale è stato riconosciuto nocivo in pratica, perchè accresce allo infinito il numero dei gravami e favorisce l' audacia dei delinquenti. Ora soggiungiamo che esso è anche contrario ad ogni buon principio di legge; giacchè l'effetto naturale dello appello si è di devolvere la conoscenza della causa al giudice superiore, sia qualunque la parte a cui istanza si produce; e cotesta conoscenza non può non essere intera, allorchè si tratti di giudizii di pubblico interesse, come avviene nelle materie penali; epperò non può essere inibito al giudice superiore di applicare una pena più grave quando la natura del fatto o la gravezza delle circostanze che l'accompagnano così richiede; e se ciò è logico e naturale nei casi ordinarii, lo è molto più quando il giudice di appello rinnovi la pubblica discussione ed attinge circostanze gravi che non furono presenti ai giudici di prima istanza.

Quando poi si tratti di annullamento per ricorso accolto dalla Corte di Cassazione, evvi una ragione di più, perchè messa nel nulla la prima sentenza non può partorire lo straordinario effetto di rimanere salva la prima pena, così nella durata come nella specie solo a favore del condannato ricorrente; e ciò per la trita massima di diritto e di ragione quod nullum est nullum producit effectum.

La teorica dell'acquiescenza può essere operativa di effetti nelle materie del diritto privato, dove l' azione è abbandonata alle parti interessate, le quali sono arbitre e moderatrici dell'azione istessa. Se alcuna di esse non produsse appello principale od incidentale, è giusto che la pronuncia rimanga ferma nel suo interesse, e si esamini in quello della parte appellante. Ma in materia penale, come ha dimostrato il nostro autore, non èvvi possibilità di acquiescenza valida, sia tacita sia espressa da parte del pubblico ministero; il quale se ha l'obbligo piucchè il dritto di spingere e regolare l'esercizio dell' azione pubblica, non è certo arbitro e libero dispositore della medesima. E comunque i casi di aumento di pena da parte dei giudici di appello non furono frequenti sotto le legislazioni che ciò permisero, pure concedendosi loro la facoltà di cotesto aumento, si avrà sempre posto un freno ai gravami ingiusti ed esorbitanti.

Ma ciò che risulta più strano si è che la legge nuova ha spinta la regola del non aumento della pena fino alle ultime inconseguenze, allorchè rispetta la sentenza resa dal giudice incompetente (art 304), mentre la quistione di competenza, qualunque essa sia, è sempre di ordine pubblico nei giudizii penali. Intanto se un pretore giudica una causa civile del valore superiore alle lire 1500 il giudice di appello può anche di uffizio mettere nel nulla una tale sentenza, senza preoccuparsi di ciò che avverrà nel nuovo giudizio in danno o favore della parte che non produsse gravame. Se poi lo stesso pretore si arroga la facoltà di giudicare di un crimine con manifesto eccesso di potere e di attribuzione, ed èvvi appello solo da parte del condannato, il tribunale correzionale per l'ultima parte del citato art. 364 cod. proc. penale deve rispettare una sentenza nella quale si contiene la violazione manifesta d'una legge d'interesse generale.

Anche a noi piacciono la mitezza e moderazione delle pene, e le buone regole di procedura per la debita tutela degl'innocenti ed anche pel giusto favore alla sventura della gente accusata, che perciò reputiamo degna della maggior commiserazione; ma non approviamo nè punto nè poco che per la indebita protezione della medesima si offenda la legge nei suoi principii sostanziali, e si alteri l'ordine delle competenze e delle giurisdizioni che ogni savia legislazione à interesse di rispettare.

1) Quando si discusse questa causa (11 sett. 1837) non vi era ancora alcun provvedimento superiore intorno alla quistione dell'influenza delle feste di doppio precetto nel trascorrimento de' termini. Col real rescritto del dì 19 maggio 1838, si provvide a questo dubbio, ma solamente per il termine dei tre giorni indicato nell'art. 310 pr. pen. « I giorni del termine (ivi si dice) debbon esser tutti utili. Facendosi entrare nella computazione del medesimo l'ultimo giorno festivo, si ridurrebbe, contro il voto della legge, a due il termine di tre giorni, trovato necessario onde determinare e disporre e presentare il ricorso. — S. M. ha determinato, che se nel triduo assegnato al ricorso avverso la decisione definitiva dell'art. 310 pr. penale, da correre dopo il giorno della notificazione, l'ultimo de' tre giorni sia festivo, non debba questo computarsi nel termine, così che il ricorso presentato nel giorno appresso non sia da dichiararsi irrecettibile. » — Ma questa risoluzione è ella tassativa pel solo caso dell'art. 310 pr. penale, o può estendersi a tutti gli altri termini, e particolarmente a quello dell'art. 313? Pare che la ragione ne sia più forte; perchè nel triduo può scegliersi uno de' due primi giorni, ma quando non vi è che un giorno solo, e questo è festivo, esso rimarrebbe inutile pel ricorrente. Non ancora però la corte suprema ha discusso esplicitamente questa quistione.

2) Art. 307 e 309 pr. pen.

domicilio reale, nè elettivo. L'un d'essi, *D. Niccola*, era stato quello che si era quivi presentato, offerendo una cauzione; e non sì tosto venne pronunziata la sua assoluzione, ei tornò in Napoli al suo reale domicilio. Gli altri due non si erano mai dipartiti da questo; e benchè citati, si erano renduti contumaci. Le notificazioni per un termine certo, a pena di decadenza, ne suppongono la possibilità, non per via di macchine areostatiche, nè di carrozze a vapore, nè di staffette, ma per le vie ordinarie. L'art. 1109 pr. civ. è comune a tutti i giudizii, così civili, che penali. Perciò l'art. 352 pr. pen. il quale parla del termine delle citazioni correzionali, l'art. 374 il quale parla del termine ad appellare, e l'art. 389 il quale parla del termine per discutere l'appellazione, aggiungono sempre a loro termini un giorno di più per ogni quindici miglia di distanza dalla residenza del giudice fino al luogo ove dimora la persona che dee notificarsi. L'art. 313 non dice ciò espressamente, perchè scritto pei condannati d'alto criminale, quando sono ancora nel carcere. Trasportatene la prescrizione a chi è libero di andar dovunque, ed allora la necessità e la ragione universale trasporteranno *ipsis rebus dictantibus* la regola espressa dagli art. 352, 374, 389 al caso dell'art. 313. Ciò è stato definito da voi in tutte le cause simili 1). La legge non può voler l'impossibile: quindi la sua interpetrazione dee sempre esser tale che ne renda per le vie ordinarie fattibile l'adempimento 2). Oltre a ciò, è un fatto dei sigg. *Bonocore* la lor dimora fuori della residenza del loro giudice, e fatto volontario ch'era in loro balia. *Factum cuique suum, non adversario nocere debet* 3): *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri* 4). Se i sigg. *Bonocore* avessero il loro domicilio in Reggio o in Palermo, e fosser citati a comparire, non si darebbero forse a favor di essi altrettanti giorni di più quante quindicine di miglia separano questi luoghi dalla residenza del giudice? Altrettanti debbono darsi a favore delle parti avverse, le quali avessero l'obbligo di notificar costoro in un termine. L'uguaglianza de'giudizii porta, che uguali debban esservi sempre tutti i diritti delle parti 5).

4. Aggiungono i resistenti al ricorso, che anche data per vera questa teoria, non dovea nella causa accrescersi d'un altro giorno il termine dell'art. 313, perchè la distanza non è di quindici miglia. E si è cercato dimostrare con una lettera del direttore de' ponti e strade, che Santamaria da Napoli non è lontana che sole miglia quattordici. Ma la interpetrazion costante dell'art. 1119 dà l'aggiunzione di un giorno anche alle distanze incomplete, particolarmente quando si tratta di notificazioni fuori di circondario, non che di provincia 6). Nè deve omettersi che la distanza da calcolarsi non è dal muro estremo di un comune verso il muro più prossimo d'un altro, ma dal luogo di residenza del tribunale al luogo di dimora di chi dev'essere intimato: poichè le intimazioni non si affiggono alla colonna milliaria di Capodichino, ma, dopo di essersi trovato un usciere, debbono farsi in qualunque casa si trovi l'intimato nel perimetro di Napoli. La casa de'sigg. *Bonocore* è assai più d'un miglio distante da Capodichino. Siamo dunque sempre a più

1) V. il n. V. § 8, pag. 503 in *nota*.

2) L. 3, D. XLIX, 8, *Quae sent. sine appell resc.*

3) L. 155, D. *De reg. iuris*. — Questo regola non può rivolgersi contro il ministero-pubblico, se non ne' casi espressi dalla legge. Imperocchè il procurator-generale, come ogni altra persona pubblica, *duplicem gerit personam*: i fatti e le omissioni dell'uomo, onde nuocere all'azione pubblica di cui egli ha il mandato dalla legge, debbon essere dalla legge stessa espressamente riconosciuti. Allora solo può dirsi alla persona pubblica, ch'è un *fatto suo, qual di persona pubblica*: altrimenti è fatto del privato; e per l'appunto *ne factum cuiusquam alteri damnum adferat* (L. 25, § 2, D. XXXVI, 1, *Ad s. c. trebell.*), non può la legge ricever danno dal fatto del suo mandatario, quando i fatti e le omissioni di costui non sieno del genere di quelli del mandatario, a' quali ella espressamente si sottopone. — V. nella concl. n. V, i §§ 13 e segg. pag. 504.

4) L. 155, D. *De reg. iuris*.

5) L. 41, D. *De reg. iuris*.

6) CARRÈ, all'art. 1033 del cod. di proc. civ. francese, il quale art. è quivi lo stesso del nostro 1119. — Così tra Ischia e Napoli la distanza è di tredici miglia. Per appello da una sentenza del regio giudice d'Ischia fu dalla gran-corte criminale assegnata l'appellatrice fra tre giorni, senza il quarto per la distanza incompleta (art. 389). La corte suprema annullò la citaziona. Arresto del 16 marzo 1838, nella causa di *Candida Mirabella*, D'ADDIEGO comm., NICOLINI m. p.

—

di quindici miglia. Toglicte il dì 21 di maggio in cui l' usciere potea ricercar fino a sera gl' imputati nella residenza della gran-corte, e la notificazione fatta al lor domicilio nel dì 22, diventa fatta tra le ventiquattr' ore.

5. Il secondo motivo d'irricevibilità non attacca tutti i motivi di annullamento, ma quelli che riguardano il rito violato. Tai motivi (dicono i resistenti al ricorso) sono per l' art. 184 pr. pen. inammessibili, perchè la gran-corte non ha fatto che risolvere una eccezione perentoria. Ma questo è un errore. La gran-corte ha deciso il merito della causa, quando ha detto che il fatto che vi ha dato luogo non presentava reato. L' eccezione perentoria *perimit, tollit, adimit, intermit, extinguit actionem*. Suppone dunque, per servirmi della espressione de' romani giureconsulti, *actionem vivere* 1): chè nulla è soggetto a morte di ciò che non vive. Se la gran-corte ha giudicato che il fatto il quale ha dato luogo alla causa, non contiene reato, ha giudicato che questo fatto non potea dar vita ad alcuna azione nascente da reato. Non vi è dunque materia da perimere. Il che anche fu detto da voi nell' arresto con cui annullaste la decisione della gran-corte di Napoli, profferito nel dì 15 aprile 1836 in questa causa medesima, quando rinviaste l'affare alla gran-corte di Terra di lavoro 2). Cocrentemente a sì fatti principii, questa seconda gran-corte non credette utile di occuparsi della prescrizione, vera eccezione perentoria, appunto perchè non vi è luogo a perenzione di azione, quando il fatto non dà luogo ad azione. Ella ha giudicato la causa secondo le facoltà concedute dall' art. 391 pr. pen., non secondo il dovere impostole dagli art. 183 e 184. La circoscrizione dunque de'mezzi di annullamento segnata dall' art. 184 in un ambito più angusto de' ricorsi ordinarii, non è applicabile alla causa.

6. Il terzo motivo d' irricevibilità, il quale riguarda il solo ricorso della parte-civile, è fondato sulla supposizione che esso non sia distinto in motivi. Ciò non è vero in fatto. Credo io dunque che i mezzi d' irricevibilità venir debbano tutti e tre rigettati, e che i due ricorsi debban essere esaminati e discussi nell'interesse delle parti 3).

—

1) Inst. IV. 12. § 4, *De perp. et temp. actionibus*. — L. 1, § 1, C. VII, 4, *De annali exceptione*.

2) La gran-corte di Napoli, giudice territoriale, avea sospeso di giudicare la causa in appello, *riserbandosi di deliberare, visto l'esito del giudizio civile*. Il ministero-pubblico e la parte-civile ne produssero ricorso. Il motivo d'irricevibilità prodotto da *Bonocore* fu desunto dall'art. 184 pr. pen. e fu rigettato. In merito poi la corte suprema osservò, che la g. c. non potea sospendere con quella sua formola il giudizio, ma dovea definirlo con una delle formole degli art. 277 e 391 a 395. Subordinare dopo la discussione pubblica l'esito di un giudizio penale al giudizio civile, è un eccesso di potere. — Così fu pure annullata per lo stesso motivo una decisione per *Luigi Langello*, con arresto dell'11 gennaio 1837, Celentano comm., Nicolini m. p. — Simile è un altro arresto per *Niccola Cotilino*, del dì 20 luglio 1838 De Simone comm., Nicolini m. p. — Se l'incertezza del dritto nasce da una pendenza civile, ben può il giudice penale dire, *non consta*, ed il giudizio civile potrà essere poi un elemento di *nuove pruove* durante il biennio Arresto del 23 novembre 18'5, nella causa di *Caterino de Luca*, De Luca comm., Nicolini m. p.

3) La corte suprema fece dritto a questa prima parte delle conclusioni col seguente ragionamento: « Considerando innanzi tutto, che il ricorso del m. p. è ricettibile: quindi anche quello della parte civile. Imperciocchè i motivi d' irricettibilità, che si mettono in mezzo dai resistenti al ricorso, non sussistono in dritto. — E nel vero, il primo motivo è che il ricorso del m. p. non siasi notificato al Bonocore infra le ventiquattr' ore dalla produzione del ricorso stesso, a senso dell'art. 313 delle ll. di procedura penale. Ma sta in fatto, che la decisione contro di cui si ricorre, fu notificata al m. p. nel dì 19 maggio 1837. Il m. p. attaccò la decisione con ricorso per annullamento nel dì 20 detto mese ed anno; ed il ricorso non fu notificato che nel dì 22 detto mese ai fratelli Bonocore in Napoli, ov' essi hanno domicilio. Or per le disposizioni generali dell'art. 1109 delle leggi di procedura civile, i termini per tutte le notificazioni alla persona o al domicilio, son prolungati di un giorno per ogni spazio di quindici miglia La notificazione perciò del ricorso, da farsi infra le ventiquattr'ore in Napoli, provincia diversa da quella, ove si dovette recare il ricorso, (articolo 307, 309 di procedura penale), non può esser sottratta alle suddette disposizioni generali, poichè essa debb'esser fatta a persona, o a domicilio. Che sia così, le leggi medesime di procedura penale, tutte le volte che parlano di notificazione a persona o a domicilio, ricordano sempre il dettato generale intorno al beneficio della distanza (articolo 352, 374, e 389). Nè vi si oppone l'articolo 313, poichè il disposto in tale articolo riguarda direttamente i condannati per misfatto, che sono sempre sotto la mano della giustizia (articolo 305 e segg. detta

Sezione II.

Discussione de'motivi per annullamento.

7. Non mi arresto al primo motivo di annullamento con cui si dice tardiva e illegale, e non pertanto ammessa, la rinunzia degli appellanti al primo lor motivo di appello. Con questo essi attaccavano nel sig. *Saint-Hilaire* loro querelante, la facoltà di querelare e di stare in giudizio. Essi poi han riconosciuto questa facoltà in *Saint-Hilaire* con la loro rinunzia. *Regula est iuris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare* 1). Questa rinunzia non solo non offende, ma conferma il dritto dell' altra parte, e quello del ministero-pubblico, che senza instanza privata non poteva spiegare la sua azione 2). Si aggiunge che questa ammessione della rinunzia del primo motivo di appello fu pronunziata con deliberazione, la quale pubblicata all' udienza, venne accettata da tutte le parti senza opposizione o protesta. Mal poi dice il ministero-pubblico che la gran-corte vi avesse pronunziato di nuovo nel dì seguente, e che perciò fosse incorsa nella violazione del brocardico *non bis in idem.* Imperocchè questa del dì seguente fu una menzione della pronunziazione già fatta, anzi che una nuova pronunziazione *ex integro*, che ne avesse alterato il tenore.

8. Molto meno mi muove la prima parte del secondo motivo presa isolatamente. Con essa il ministero pubblico per due ragioni si duole del rifiuto, fatto dalla gran-corte alla dimanda chiedente la ripetizione della discussione pubblica; I, perchè il verbale della discussione celebrata innanzi al giudice regio, non indicava *di quali documenti si fosse data lettura;* II, poichè non indicava *se fra i letti vi fossero stati di quelli di cui non si poteva dar lettura.* — La prima ragione non regge in fatto: il verbale assicura di essersi data nel giudicato regio *lettura di tutti i titoli e scritture esibite dalle parti, innanzi al giudice instruttore, innanzi alla gran-corte criminale, nella cancelleria del giudicato regio, ed in pubblica u-*

procedura penala). Che se esso è comune al giudizii per delitto, a senso dell'articolo 396, non può esserlo, che in quanto è ravvicinabile al procedimento correzionale, nella concorrenza della stessa ragion della legge. Ma per questo procedimento l'impulato di ordinario non è prigione, nè altramente domicilia nella residenza della gran-corte criminale, che procede in secondo grado di giurisdizione; e vieppiù nella fatti-specie, che trattasi di decisione renduta in gradu di rinvio da una gran corte diversa dalla territoriale, ch'era quella del domicilio delle parti. L' articolo 313 dunque diventa un articolo di eccezione da non potersi applicare, quando si è nella ipotesi generale di una notificazione a persona o a domicilio, e senza il concorso della stessa ragion della legge, la presenza cioè dell'imputato presso la residenza del giudice che pronunzia, sia perchè non in carcere, sia perchè non ivi domiciliato; dal che deriva, che concesso per legge il prolungamento di un giorno per la notificazione del ricorso in Napoli, la notificazione ricade in termine nel giorno 22. — Pare poi vana la disputa sulla distanza da Santamaria a Napoli, poichè altro è l'indicazione della colonna milliaria nel tenimento del comune di Napoli, altro è il domicilio effettivo delle parti in Napoli, ove seguir doveva la notificazione.

« Non più si sostiene in drillo il secondo motivo d'irrecettibilità; esso consiste nel dire, che non compete ricurso al m. p. a norma dell' art. 184 delle ll di pr. penale, che sul solo appoggio di manifesta contravvenzione al testo delle leggi, essendosi decisa dalla gran-corte un'eccezione perentoria a favore degl'imputati. Ma quistione appunto si è di sapere, se la gran-corte abbia deciso una eccezione perentoria, allorchè ha dichiarato, di non esservi reato nel fatto apposto ai Bonocore; ed anche in questo caso, se il ministero pubblico non si dolga d'essersi violato un testo di legge. L'eccezione addotta dagl'imputati si fu di mancanza di materia punibile Ma questa eccezione non è propriamente perentoria, perciocchè non può esaminarsi, senza discutersi il merito della causa. Non atta quindi ad estinguere l'azione all'ingresso del giudizio, non ne veste i caratteri. La gran-corte perciò non ha deciso altro che il merito della causa, allorchè ha dichiarato, che il fatto non constituiva reato a senso dell'art. 392 delle ll. di procedura penale. Ciò per altro non indurrebbe che una limitazione ne' mezzi di annullamento, giacchè lo stesso articolo 184 leggi di procedura penale non esclude quei, che toccano un testo di legge, e già il ministero pubblico ne annovera molti di questa classe nel suo ricorso. »

« Rimane un terzo motivo d' irricettibilità, e questo concerne il ricorso della parte-civile. Il motivo è tratto dal disposto dell'articolo 311 procedura penale, il quale esige, che il ricorso contener debba mezzi motivati, e si sostiene che tal precisione manchi nel ricorso della parte-civile. Il motivo però non regge in fatto: la parte-civile fa suoi i mezzi di annullamento prodotti dal m. p., oltre quelli aggiunti in corte suprema. Nulla quindi impedisce di discendere all'esame dei ricorsi. »

1) L. 29, C. II, 3, *De pactis.*

1) V. *supra* tutta la teoria dell'instanza privata di punizione, al n. IV, pag. 495.

dienza. Furon dunque letti tutti. — La seconda ragione regge anche meno: niuna delle parti fece osservazione o protesta a sì lunga e sì varia lettura. Se vi fosse stata nullità, ella sarebbe prescritta per lo silenzio delle parti. La gran-corte dunque fece uso delle facoltà concedute dall' art. 391 proc. pen. quando dichiarò non utile nè necessaria la ripetizione della pubblica discussione. Rimane a vedere se dopo aver fatto quest' uso delle sue facoltà, ella sia trascorsa in altro peggiore abuso. Di ciò, appresso.

9. Poco poi a dir mi occorre sul terzo motivo, col quale il ministero-pubblico si duole di non essersi trascritto il testo della legge. Qual testo poteva trascriversi, se veniva giudicato che il fatto imputato a' sigg. *Bonocore* era innocente? Il real rescritto del 12 aprile 1820, spiegando l' art. 294 pr. pen. vuole, è vero, che si trascriva il testo della legge anche nel caso della liberazione dell' imputato; ma non può volerlo che nel caso che potesse esservi testo di legge applicato. Ove dunque è definito in generale, il fatto non essere dalla legge qualificato per reato, non è necessaria la trascrizione, se pure non si volessero trascritte nella decisione tutte le leggi penali delle quali si esclude l'applicazione 1). La quistione vera è di conoscere se il fatto, il quale s' imputa ai rei assoluti, sia veramente innocente; e ciò non dipende dalla materiale trascrizione dell' articolo.

10. Il settimo ed ultimo motivo parmi contrario ad ogni principio di dritto. Si duole il ministero-pubblico non essersi risoluta la quistione della prescrizione. Ma se questa è un'eccezione perentoria, cosa mai dovea più perimersi, se già si era giudicato non esservi stato mai malefizio, e per conseguente non averne potuto nascer mai azione *ex maleficio* (§ 5)? La gran-corte dunque quando giudicò esser diventato inutile il parlare più di prescrizione, non fece altro che dedurre una conseguenza necessaria dalla dichiarazione che il fatto imputato a' querelati non conteneva reato 2).

11. Ma nel pronunziare sì fatta dichiarazione, si uniformò ella alle regole giurisdizionali, alle leggi penali, ed alle leggi di procedura penale? Questa quistione anima la seconda parte del secondo motivo per annullamento (§ 8), non meno che il quarto, il quinto ed il sesto motivo; ed in questa risiede tutta la forza del ricorso.

12. La formola terminativa della quale la gran-corte fa uso, è la seguente: *Dichiara che il fatto il quale ha dato luogo alla presente causa, non è da alcuna legge riputato reato*. Or quale è il fatto che ha dato luogo alla causa presente?

13. Esso può esser distinto in due parti. L' una non è messa da alcuno degli interessati in controversia: ella è piuttosto l' occasione, che la ragione della causa. L' altra è di fatti controversi: in essi sta *id de quo quaeritur*; essi sono la ragione prossima ed il subbietto della quistione di reità; essi sono veramente quelli i quali han dato luogo alla causa.

14. Appartengono alla prima classe, I, che i fratelli *Bonocore* nel dì 21 dicembre 1814 con sentenza del tribunal civile di Napoli divennero aggiudicatarii d' un immobile; II, che il sig. *Bailhatre* vantava dritti ipotecarii sopra di questo; III, che i sigg. *Bonocore* con instrumento del 30 di quello stesso mese n'ebbero la cessione con la consegna di tredici titoli creditorii; IV, che nell' instrumento medesimo si obbligarono di pagare a *Bailhatre* prontamente e nell' istesso giorno ducati 11277, 35 a conto; V, che il pagamento non ne fu fatto innanzi al notaio stipulatore, bensì si disse eseguito dal negoziante *Giovanni Rossi*, per ordinativo della data medesima, scritto a di lui carico da D. *Niccola Bonocore*; VI, che poi con altro instrumento del 27 gen. 1815 costoro pagarono a *Bailhatre* anche a conto altri duc. 1500; VII, che i sigg. *Bonocore* ritrassero da' crediti ceduti da costui oltre a 19000 ducati; VIII, che *Saint-Hilaire* intervenuto nell' instrumento del 30 dicembre 1814, annunziandosi socio e rappresentante di *Bailhatre* in tutti i suoi dritti, si dolse poi presso i tribunali civili che di quelli 11277,35 non era stata pagata, che una sola parte, e ridomandava l' altra, oltre il resto fino a'19000 ducati; IX, che vi fu un arbitramento il quale rigettò quasi interamente le querele di *Saint-Hilaire;* X, che attaccato da costui

1) V. *supra* il n. VI, § 2, pag. 528 *nota*.

2) V. *supra* il § 41 del n. V. pag. 518.

di falso un tale arbitramento, la gran-corte criminale di Napoli ne instruì il processo; XI, che la stessa gran-corte dichiarò in fine non esservi luogo a procedimento criminale di falso, esservi bensì luogo a procedimento penale di frode in linea correzionale. Tutto ciò non è controverso, e non è che l' occasione del giudizio correzionale di cui ci occupiamo.

15. Quali dunque sono i fatti che hanno dato luogo alla causa correzionale? Essi son tutti controversi ed abbisognanti della pronunziazione del giudice per essere definiti. — Il primo fatto controverso è, se il pagamento degli 11277,35 fosse stato fatto nel dì 30 dicembre 1814 per intero, o solamente in parte. *Saint-Hilaire* sosteneva non esserne stati pagati che poco più di cinquemila, e ritenuti 4000 per una causa, e 1370 per un altra, ed i *Bonocore* dicevano ch' erano stati soddisfatti tutti per mezzo di *Rossi*. — La seconda controversia era, se contro ciò che dicea l'instrumento, vi fosse documento di essere stati ritenuti quei 5370, e di essere per questa parte simulati i titoli autentici. *Saint-Hilaire* sosteneva essersi formata nel dì medesimo, 30 dicembre, *una controscrittura depositata in mano dell' avvocato de' sigg. Bonocore, ove si espresse la ragione della simulazione dell' intero pagamento;* ed i *Bonocore* in nulla sopra di ciò convenivano, ma si riportavano interamente alla sola dicitura de'titoli autentici, e sfidavano *Saint-Hilaire* a trovaro tal controscrittura. — Il terzo fatto controverso nacque dopo la dimostrazione della esistenza effettiva di una carta soscritta da *Bonocore* in quel giorno: interpellato l' avvocato ad esibirla, disse prima non ricordarne il tenore, nè averla potuto rinvenire fra le sue carte: finalmente ella fu esibita, ma non conteneva il tenore della controscritta di cui *Saint-Hilaire* ragionava: costui perciò disse che quella ch'era stata esibita, era stata foggiata posteriormente per meglio consumare la frode: i *Bonocore* sostenevano che questa era identicamente quella.—Da ultimo, data per vera la ritenzione d'una somma, e dimostrato che tal ritenzione era distinta in due partite, l'una di duc. 4000, l'altra di 1370 sorgea la quarta controversia di fatto intorno alla ragione ed alla imputazione di queste due partite.

16. Abbiamo dunque una serie di fatti, nei quali non vi è stato mai costante accordo fra le parti: imperocchè i sigg. *Bonocore* nel tribunal civile, innanzi agli arbitri, nel primo lor atto di contraddizione innanzi al giudice instruttore, nel secondo atto di contraddizione innanzi all'intera gran-corte criminale, e nell' apertura della pubblica discussione fatta innanzi al giudice correzionale,' si opposero sempre alle posizioni di *Saint-Hilaire*, e negarono tutto, fermi nella loro prima asserzione, che intera la somma de'duc. 11277, 35, non meno che i posteriori 1500 erano stati da essi in effettivo contante sborsati. In questo niego dunque e ne' fatti che tendevano a dimostrarlo o vero o mendace, era la somma di tutta la causa. Nè che in ciò consistesse il vero stato della quistione di fatto, potea dubitarsi dal giudice di appello, dopo che su di ciò si era fondata la querela, dopo che a ciò solo si era rivolta la contestazione della lite, dopo che la gran-corte di Napoli nell'invio dell'affare al giudice correzionale avea detto solennemente:—*Considerando che i fratelli Bonocore non contenti del rilascio di duc. 4000, vollero anche ritenere duc. 1370 pel timore di pagare il diritto graduale di aggiudicazione; e che liberati da tal timore, da che quel dritto era corso a danno de'debitori, e richiesti a restituire la somma che aveano ricevuta, ne negarono la ricezione:—Considerando che negare a danno altrui ciò che si riceve per uso determinato, importa frode punibile correzionalmente... poichè vi sono applicabili gli art. 430 e 431 delle ll. penali—Dichiara,* ec. ec.

17. E questa decisione determinatrice dello stato della quistione, fu il fondamento della citazione spedita a'sigg. *Bonocore:* ella vi fu trascritta. I sigg. *Bonocore* al principio del dibattimento sostennero come eccezione d'incompetenza, che i fatti i quali davan luogo alla causa non contenevano materia punibile, e che in conseguenza niun giudice penale, non che il giudice correzionale era competente. Ma il giudice osservò, che se questi fatti controversi fossero stati chiariti e definiti secondo la posizione di *Saint-Hilaire*, portavano evidentemente all'applicazione dei due mentovati art. Nella discussione dunque di questi fatti consisteva il merito del-

la contesa. E perciò il giudice regio, in decidere della pretesa mancanza di materia punibile, considerò che il dire, prima della discussione in merito, non esservi materia punibile, ed aggiungere che questa eccezione è eccezione d'incompetenza era un mascherare il merito della causa in quistione di competenza: poichè per conoscere appunto se tal materia, o sia se tai fatti opposti dal querelante, e tal niego de'querelati fosser punibili, vi era sempre necessaria la pronunziazione nel merito. Il giudice perciò rimise al merito della causa sì fatta eccezione. Il ricorso avverso questa deliberazione fu da voi giudicato irricevibile 1).

18. Ed intorno al rinvenimento di quella carta, cui *Saint-Hilaire* dava qualità di controscrittura, è da osservare ch'ella costantemente si disse dispersa insino al dì 21 maggio 1834. Questo fu il primo giorno della discussione pubblica, in cui venne esaminato l'avvocato depositario del foglio. Egli allora dichiarò di averlo finalmente rinvenuto, e lo esibì. Esso però era tutt'altro che una controscrittura dell'instrumento: non vi si leggeva affatto la ritenzione de'5370 duc., distinta in 4000, e in 1370 (§ 15 e 16), ma solo che D. *Niccola Bonocore* si obbligava di non richiedere a *Bailhatre* l'importare del registro graduale della sentenza di aggiudicazione, quante volte nella graduazione esso gli fosse stato bonificato. Nè in questa carta novellamente esibita vi è altra soscrizione che la sola di D. *Niccola Bonocore*. Poi nella stessa udienza i sigg. *Bonocore*, onde convalidare la veracità del loro niego assoluto d'ogni ritenzione, presentarono per la prima volta l'ordinativo segnato da D. *Niccola* stesso di tutti interi i ducati 11277, 35 sopra *Giovanni Rossi* a favore di *Bailhatre*: in piè dell'ordinativo si legge la quitanza di costui.

19. Quattro giorni d'udienza pubblica furono consacrati in udire quindici testimoni, e leggere tutti i documenti. La ritenzione de' duc. 5370, distinta per la diversità della causa in duc. 4000, e 1370, ne surse evidente; tal che in fine della discussione pubblica non parve più questo fatto da potersi porre in quistione; e la gran-corte di Terra di lavoro nella sua decisione in grado di appello lo annoverava pure tra i non controversi. Dunque surse evidente che l'assertiva fatta nell'instrumento del pagamento intero, non meno che l'ordinativo sopra *Rossi* fossero simulati: del che altro argomento non lieve era che in caso di pagamento veramente avvenuto, l'ordinativo soddisfatto da *Rossi*, sarebbe rimasto in mano a *Rossi*, e per cautela di *Rossi*. *Invece* (sono parole della sentenza), *trovandosi nelle mani de' sigg. Bonocore, mostra che fittiziamente, e per regolare le cautele, fu tanto praticato, come appunto vien contestato dalle dichiarazioni di Raffaele Giusti e Gaetano Pepe.*

20. Dimostrati questi primi fatti, ne derivava naturalmente, che senza controscrittura non mai *Bailhatre* avrebbe lasciata in un titolo autentico una confessione sua, e molto meno in piè dell'ordinativo una sua dichiarazione, di aver ricevuto interi gli 11277,35, mentre rimaneva a conseguirne ancora ducati 5370. Ed in vero che una carta fosse stata soscritta in quel giorno da *Bonocore*, era certo. Il giudice dunque si convinse che quella era appunto la controscrittura messa tanto in veduta da *Saint-Hilaire*; e tenne qual altro argomento di artifizio colpevole la tarda esibizione di un foglio diverso, fatta nel dì 21 maggio dall'avvocato. Per lo che il giudice si convinse di essere stato un tal foglio foggiato a bella posta, e surrogato alla vera controscrittura, nella quale la discussione pubblica delle pruove dimostrava, che si distinguevano i 4000 ducati da' 1370, somme e distinzione di cui la carta nuovamente esibita non faceva alcun cenno.

21. Io non so se il giudice regio si fosse ben apposto al vero: noi non siamo giudici del fatto, nè della estimazione delle pruove: e per ciò vi era il rimedio dell'appellazione. Dico soltanto, ch'egli ben vide ciò che dava luogo alla causa, e si applicò tutto a rilevarne i fatti ed

1) Arresto del 15 aprile 1836. — È stato per qualche anno in moda il mascherare la mancanza o insufficienza della pruova in eccezione d'*incompetenza per difetto di materia punibile*. Questa è eccezione di merito, non di competenza. Arresti del dì 8 aprile 1836, nella causa di *Giovanni di Martino*, Montone comm., Nicolini m. p., e del 6 aprile 1838 nella causa di *Lucantonio de Giorgio*, Franchi comm., Nicolini m. p.

estimarli. Quindi nella quistione di fatto dichiarò che i sigg. *Bonocore* non aveano pagato nel dì 30 dicembre 1814 gl'interi ducati 11277.35; che l' instrumento sopra di ciò era simulato, forse per non trovare ostacolo negli altri creditori ipotecarii, o ne' creditori particolari di *Bailhatre*; che perciò se ne formò la controscrittura, ove si distinguevano le due partite di 4000, e di 1370; e che il niego de' sigg. *Bonocore* era niego di somme date in deposito, o almeno per uso determinato, e niego sostenuto per causa di lucro. Questo niego poi, il quale si era trovato così mendace, invano si era temperato nelle ultime udienze della discussione delle pruove, col ripiego di motivi meno turpi della ritenzione delle somme: il giudice dichiarò falsi ed inefficaci tutti questi motivi, escogitati anch'essi per liberarsi dall'obbligo della restituzione. Ciò faceva ricader l' affare nell'art. 430, n. 1. Dichiarò adunque constare, che i querelati avesser commessa frode qualificata.

22. Dietro tal dichiarazione di fatto, il giudice discese alla quistione di dritto. Le parole dell' art. 430 n. 1, e la giurisprudenza costante di questa corte suprema non lasciano luogo a dubbio, che anche svanita l' idea del deposito, inteso questo nel più stretto significato della voce, il niego di cosa ricevuta per uso determinato, niego fatto per causa di lucro, porta all' applicazione di detto art. 430, n. 1 1). È quest'art., con l'accrescimento della pena stanziato dall'art. seguente, fu applicato agl' imputati.

23. È vano il parlare del giudizio di appello innanzi alla gran-corte di Napoli; questo fu annullato, e le parti rinviate a Terra di lavoro (§ 5). La gran-corte di rinvio fece uso delle sue facoltà quando credette sufficiente al suo giudizio l' instruzione fatta nelle quattro udienze della pubblica discussione delle pruove innanzi al giudice regio: ma contenta al rapporto orale del giudice commessario, niuna pruova fece leggere e discutere in pubblica udienza. La decisione dice bensì, che *ritiratasi la gran-corte nella camera del consiglio*, *fuori la presenza delle parti*, quivi furono la prima volta da lei *veduti gli atti*, *veduti i documenti letti e discussi innanzi al primo giudice*, *veduta la sentenza appellata*, *veduti i motivi di appello*. E dee ben credersi che ne furono *vedute* appena le esterne intitolazioni: poichè di tanti atti, distinti in sette non piccioli volumi, com' era possibile prendere in sì breve ora conoscenza profonda fra tante e sì varie contraddizioni? Se sotto la frase, *veduti gli atti*, si intendano anche i quattro verbali della discussione pubblica innanzi al giudice regio, io nol so: essi formano un ben grosso volume. La gran corte intanto pronunzia, *non essere necessaria nè utile la ripetizione della pubblica discussione*: e passa immediatamente a decidere il merito della proposta appellazione.

24. Or leggiamo tal decisione. Questa sopprime molta parte del fatto ritenuto dal giudice regio. Il fatto cardinale della controscrittura non vi è nemmeno accennato. Vi si dice solamente: *convennero in oltre esse parti*, *estraneamente dall' anzidetto instrumento del 30 settembre 1814*, *che D. Niccola Bonocore degli enunciati ducati 11277 dovesse ritenere 1370 per la spesa del registro graduale*. — Vi si dice poi in altro luogo che il giudice regio aveva stabilito in fatto, che *Bonocore* oltre a ciò *ritenne ducati 4000 per rilascio sul prezzo della intera aggiudicazione*.

25. Ma io domando in primo luogo: queste due partite erano, o non erano indicate nella controscrittura? La controscrittura è, o non è quella ch' è stata presentata nel 1834, o una falsa è stata

1) Arresto del 30 luglio 1832 nella causa di *Carolina de Rosa*, Di Giovanni comm., Nicolini m. p., col quale si stabilì che l'abuso o la distornazione del pegno constituisce una frode. — È frode è il negare di aver ricevuto carte e documenti per un uso determinato Arresto del 29 agosto 1832, nella causa *Duramani* e *Bicilli*, Longobardi comm. Nicolini m. p., Gius. Marini-Serra avvocato che ciò sostenne. — La somma data ad un postiere di lotti per inscrivere ne' registri un biglietto, quando questo non sia stato inscritto, sì che il giuocatore perda il suo giuoco, constituisce una frode, la quale prende carattere dal valore e quantità della vittoria divenuta vana. Arresti del 21 agosto 1833, del 29 nov. 1833, e del 17 dicembre 1834, nella causa di *Melchiorre Fortunati*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Negare aver rinvenuto un tesoro nel fondo altrui, constituisce una frode. Arresto del 9 novembre 1838, nella causa di *Niccola Nappi*, Montone comm., Nicolini m. p.

surrogata alla vera? La gran-corte non dice altro se non che nell' instrumento vi fu simulazione, perchè *estraneamente* si erano convenuti fra le parti *gl' indicati rilasci*: ma nel modo e nella sostanza di questa *estranea convenzione* consisteva la causa. Sia pure che *quando le parti sono di accordo in una simulazione, niuna d' esse fa frode all' altra:* ma frode può ben esservi quando una delle parti sostiene che non vi è stata simulazione, e sopprime la controscrittura, dov' è stabilito il vero contratto. Or vediamo in quanti punti dissenta sopra di ciò il fatto del giudice da quello della gran-corte. — In primo luogo il giudice regio dichiarò fatta la controscrittura, e involata da *Bonocore*, con sostituirvi venti anni dopo un' altra carta che non era quella; e la gran-corte non ne vuole *intender verbo*. Quindi il giudice dice, che l' ordinativo sopra *Rossi* era un argomento chiaro di frode; e la gran-corte non parla affatto di quest' ordinativo. Appresso, il giudice riferisce le dichiarazioni de'testimoni i quali mettono in chiaro tutti gli artifizii che accompagnarono questo contratto, ch'egli chiama *usurario, fraudolento, scandaloso*; e la gran-corte non vede che una parte della sola dichiarazione del testimone *Fiorentino*. La gran-corte dunque sopprime una parte, anzi la parte più essenziale del fatto di cui si è convinto il primo giudice.

26. Alla parte poi del fatto la quale stabilita dal giudice è dalla gran-corte ritenuta, ella dà una estimazione tutta contraria, non che diversa da quella che il giudice le diede. Imperocchè ella dà al rilascio de' 4000 ducati e de' 1370, ugualmente che agl' interessi sulla intera somma, un fine lecito nella mente de' contraenti; e siccome un tal rilascio è contrario all' istrumento del 1814, e perciò questo conterrebbe sempre una simulazione, la negativa di tal simulazione fatta in giudizio da *Bonocore* è estimata dal giudice regio una negativa fraudolente, e la gran-corte la tiene per una negativa innocente.

27. Or io ho creduto altra volta, che anche la riforma del fatto fosse nell'arbitrio prudente della gran-corte, senza aver bisogno di rinnovare la pubblica discussione, ed ho ciò pubblicato ne'miei deboli scritti 1). Anzi nella causa di *Vincenzo Iannaccone* e *Giovanna Germanico*, trattata nel dì 24 agosto 1832, io sostenni, che la rinnovazione della pubblica discussione non importava sempre annullamento della prima, e che la gran-corte non solo dalla discussione rinnovata a sè innanzi, ma anche dalla prima celebrata innanzi al giudice regio, poteva trarre elementi di fatto, estimandoli, non secondo la sua. Non ho taciuto però esser questa una mia particolare opinione, contraria alla giurisprudenza costante dal 1821 in poi. Ed anche autore d'un'opinione ch'è sembrata troppo ardita ad alcuni, ho soggiunto immediatamente, che tanto il processo-verbale della pubblica discussione in prima istanza, quanto ogni altro documento, debbano sempre esser letti e discussi all'udienza pubblica in grado di appello, onde i giudici di appello possano trarne la propria convizione. Altrimenti vi sarebbe violazione dell' art. 293 pr. penale.

28. La corte suprema all'incontro non annuiva alle mie conclusioni nella causa *Iannaccone* o *Germanico*, e pochi giorni prima di questa causa, nel dì 8 di quel medesimo mese di agosto, a rapporto del medesimo consiglier relatore della causa presente, cav. LONGOBARDO, sulle conclusioni del procurator generale cav. LETIZIA, aveva annullato una decisione di questa medesima gran-corte di Terra di lavoro nella causa *Gamberini* e *Dias*, anch'essa di frode, perchè, senza ripetere la pubblica discussione, ella *avea valutati* (son parole del vostro arresto) *avea valutati i fatti altramente di ciò che avea praticato il primo giudice, ed alcuni di essi avea diversamente moralizzati, violando ad un tempo l'art. 293 e 391 pr. pen.* Nel 3 settembre dello stesso anno 1832, a rapporto del vice-presidente CELENTANO fu annullata per lo stesso motivo un'altra decisione della stessa gran-corte di Terra di lavoro nella causa correzionale de'fratelli *Rega* ed *Antonio Cascello;* ed a rapporto del medesimo vice-presidente nel dì 29 novembre 1833, sulle conclusioni del marchese cav. BRANCIA, pel motivo

1) *Proc. pen.*, parte III, § 1173.

—

medesimo fu annullata una decisione della gran-corte di Lecce in grado di appello. Molti altri arresti sono stati pronunziati nello stesso senso prima e dopo di quest'epoca; e si è stabilito in massima che una gran-corte, in grado di appello, se ritiene tutti i fatti contenuti nella sentenza del primo giudice, e li ritiene estimati e valutati nel modo medesimo, ben può decidere la quistione di dritto differentemente: ma se vuole altri ritenere, ed altri rigettarne, ed a'ritenuti dare altro valore di quello che ad essi ha dato il primo giudice, dee sempre ripetere la pubblica discussione. *Altrimenti* (dice l'arresto del dì 8 agosto 1832) *si avrebbero due giudizii di fatto contraddittorii*, *poggiati alla medesima pubblica discussione. La facoltà* (dice l'arresto del dì 29 novembre 1833) *di ripetere la pubblica discussione, diventa un dovere, quante volte la gran-corte vuol deviare da'fatti e dalle definizioni di fatto del primo giudice.*—Così si è deciso poi sempre, *et hoc iure utimur*.

29. Or se io fossi stato secondato nella mia particolare opinione, nemmeno potrei dispensarmi di sostenere il ministero-pubblico e la parte-civile in questa causa, perchè dalla gran-corte si è riformato il fatto senza leggere e discutere, come instruzione scritta e documento, il processo-verbale della pubblica discussione presso il primo giudice; e perciò si sarebbe violato l'art. 293 pr. pen. Secondo però la intelligenza data all' art. 391 per 17 anni dalla giurisprudenza costante di questa corte suprema, vi è, oltre a questa, anche la violazione del detto art. 391.

30. Nè senza ragione io vi ho lungamente trattenuti sulla distinzione tra i fatti della causa non messi in controversia i quali ne furono l' occasione, ed i controversi i quali ne sono il subbietto (*sup.* § 14 e 15). Or cosa singolare e veramente nuova si verifica nella causa attuale, che la gran-corte criminale di Terra di lavoro non sembra voler fare alcun caso di questi ultimi, ne' quali risiede la causa, e comincia il suo ragionamento con le seguenti parole: *Essa gran-corte, ritenuti i seguenti fatti semplici, consegnati dal primo giudice nella sentenza appellata, e non messi in controversia, che formano il cardine della presente causa.* E tenace in questa sua scelta, non fa pure un sol cenno del modo e de'motivi della negativa de' fratelli *Bonocore* in contraddizione delle ragioni moltiplici di *Saint-Hilaire* (§ 46): la gran-corte dice soltanto: *Considerando che dalla negativa della simulazione che si oppone ai fratelli Bonocore, per essersi fatto scudo dello stipulato, non si può trarre verun argomento a sostenere per gl' interessi richiesti l' azione di frode.* E tace tutto quello che *Saint-Hilaire* opponeva; e tace tutto quello per cui *Bonocore* sosteneva la negativa: non parla dell'ordinativo sopra *Rossi;* non della controscrittura, nè della carta esibita sì tardi in vece di questa; fatti soli i quali asseriti da una parte in un modo, e dall' altra o negati o asseriti in un altro, aveano dato luogo alla causa. Dopo aver taciuto questi, conchiude: *il fatto il quale ha dato luogo alla causa, non è da alcuna legge riputato reato*. Ma non son quelli ch'ella ritiene, bensì questi ch' ella tace, i fatti che han dato luogo alla causa. Senza questi, causa non vi sarebbe stata. Su questi soli la parte civile poggiò la sua querela; di questi soli parlò la gran-corte criminale di Napoli quando giudicò l' affare di competenza correzionale (§ 16); con questi fu rivolto l' esame de' testimoni e la lettura de' documenti; e tutta la cura del primo giudice nella sua quistione di fatto non fu applicata che a questi. Come dunque, senza neppur mentovarli, può conchiudersi, che il *fatto il quale ha dato luogo alla presente causa non è da alcuna legge riputato reato?* Per motivare questa formola terminativa della decisione, avrebbe dovuto non solo enunciarsi quel niego, e quella controscrittura, e la dispersione di essa, ed il rinvenimento che il giudice regio chiamò *miracoloso;* e poi la gran-corte di appello avrebbe dovuto dire di queste deduzioni, *quid ex sententia animi sui aut credebat, aut parum probatum sibi opinabatur*. Ma questo che dovea dirsi ella tace, ed annuncia solamente i fatti non controversi, i quali di per sè soli son presso che vani per la causa [1]. Non ci dà dunque la motivazione

[1] *Sed si vituperandi sunt qui reticuerunt, quid de iix existimandum est, qui orationis vanitatem*

della sua dichiarazione. Il fatto ch' ella ritiene, tutto isolato dagli altri, non è quello che ha dato luogo al giudizio, nè è composto di tutti gli elementi ne'quali si risolve l' ultima proposizione di lei. È dunque anche violato l'art. 219 della legge organica, legge certamente d' ordine pubblico.

31. Più singolare è ancora, che la gran-corte riponga il merito della causa nel conoscere la ragione della ritenzione, che ella dice *non controversa* de' due. 4000 e de' **1370**, senza por mente che questa è tra i fatti non pur controversi, ma combattuti fino all'estremo: perciocchè anche quando, dopo averla pertinacemente negata i fratelli *Bonocore* ne furon convinti, nè le parti, nè i testimoni furon concordi sulla ragione nè sul modo di tal ritenzione, nè sulle sue conseguenze. La gran-corte intanto la estima differentemente dal giudice; e non avverte che cambia tutto lo stato primitivo, e lo stato ultimo della quistione. Per venire a questa conseguenza, il primo esame di fatto doveva essere, se constava della negata ritenzione; il secondo se constava del niego di restituire; il terzo se questo niego era animato da causa di lucro: solo allora potea richiedersi, se confessata la ritenzione, fosse vero o falso il motivo allegato per liberarsi dalla restituzione. Questa progressione è nell' art. 430 ll. pen. che si invoca nella causa. Or non appena che i *Bonocore* erano stati anche nella contestazione della lite perseveranti nel niego della ritenzione, fino al punto che mostrarono in discussione pubblica, qual pruova della piena soddisfazione, l'ordinativo sopra *Rossi*, come mai la gran-corte li trasforma in confessi *in limine litis* della ritenzione, e circoscrive tutta la causa a giustificare il motivo per liberarli dall'obbligo della restituzione? La gran-corte adunque ha cangiato lo stato della quistione, e tutt'altro ha esaminato che i fatti i quali han dato luogo alla causa. Convinti in fine gl'imputati, convennero che i ducati 11277, 35 non furon pagati per intero: convennero che le somme ritenute erano distinte appunto in 4000, ed in 1370. Quel niego dunque di questi fatti fu mendace, il quale, a termini del detto art. 430, era il primo estremo che dovea definirsi, e la gran corte non attese affatto a definirlo. Poi dovea definir l'altro estremo se il niego era stato animato da causa di lucro, e sciogliere le difficoltà che presentava quella lunga perseveranza nella secca asserzione di essere stato il tutto pagato in effettivo contante, non che la dispersione della controscrittura, ed il tardo rinvenimento di essa. La giustificazione de'motivi per liberarsi dalla restituzione, suppone la falsità del niego; e dagli effetti di questa falsità doveano prima essere i rei assoluti. Non avendo la gran-corte ciò fatto, non solo ha violato gli art. 293 e 391 pr. pen., ma è caduta nella manifesta violazione dell' art. 430 § 1 delle ll penali.

32. Nè deve omettersi, che la gran-corte di appello dichiara innocua la ritenzione degl'interessi sopra i ducati **11277** per tanti anni a carico di *Saint-Hilaire*, il che produsse un danno gravissimo a costui. Se è vero che della somma capitale fu ritenuta in mano di *Bonocore* una parte, con qual buona fede si può pretendere l' interesse sopra l' intero? È falso poi. nè mai è stato nemmeno immaginato dalle parti, che *Bonocore* avesse pagati gl'interessi alla massa de' creditori sopra questa somma. *Se Bonocore* dice la gran-corte, *se Bonocore nel giudizio di ordine pagò si fatto interesse a' creditori graduati, con somma giustizia lo ripetè da Bailhatre.* Ma *Bonocore*, ottenuta ch'ebbe la cessione de'crediti di *Bailhatre*, ei stesso era divenuto il creditore sopra l'immobile. Pagò forse gl'interessi a se stesso? Ed invece di questi non aveva egli già in mano i frutti dell'immobile aggiudicato? Come dunque voleva esigere gli interessi da *Bailhatre*, s'egli stesso avea ricevuto da *Bailhatre* i dritti di credito sull'immobile, e la facoltà di compensare co'frutti di questo gl'interessi di quello? Il giudice in prima instanza mise ciò in veduta: la gran-corte in grado di appello travisa il fatto; vi sostituisce concetti inconcepibili, non che falsi; e viola manifestamente l'art. 293 pr. pen.

33. Sconvolti così i fatti, e ridottili ai termini ne' quali fu pronunziato il laudo dagli arbitri, ella in fine parla di questo

adhibuerunt? E questo è usar *frode*, secondo CICERONE, de off. III, 14.

come di un giudicato irretrattabile. Ma la eccezione della cosa giudicata allora prevale, quando il giudizio è lo stesso e sopra i fatti medesimi. Qui siamo in un giudizio penale, quivi in un giudizio civile: qui tutto è rischiarato dalla pruova testimoniale, dalla esistenza della controscrittura, dalla stessa confessione ultima degli imputati, che mostra la simulazione del primo intero pagamento; quivi non si guardò che a' titoli autentici, e senza por mente alle cose simulate. Come dunque può parlarsi dell'eccezione del giudicato?

34. Dimando perciò in nome della legge e nell'interesse di tutte le parti l'annullamento dell'impugnata decisione 1).

1) La corte suprema rigettò i ricorsi col seguente ragionamento:

« Considerando, che tutta la vigoria del ricorso risiede nell'analisi de' suddetti due mezzi, posti già in gran risalto dalle conclusioni del ministero-pubblico presso la suprema corte. Conviene quindi osservare, che nessuno degli articoli indicati rimase offeso. — Nol fu l'articolo 430 delle leggi penali. La gran-corte ha deciso in via di appello, ed in grado di rinvio. Essa non avendo creduto necessaria la ripetizione della pubblica discussione a senso dell' articolo 391 di procedura penale, non ha dovuto fondare il suo esame che su tutte le pruove legalmente raccolte innanzi al primo giudice, e consegnate nella di costui sentenza. Ma questo esame va distinto in quanto risguarda i fatti, ed il valor dei medesimi; ed in quanto riflette la risoluzione di una quistione di dritto.—Dei fatti indi a poco. »

« Per ciò che tocca la quistione di dritto, fra le facoltà attribuite ai giudici in appello, avvi quella sancita dall' articolo 392 ll. di procedura penale. In questo articolo si dice: *Se la sentenza è riformata, perchè il fatto non è da alcuna legge riputato reato, la gran-corte assolverà l'imputato.* Il disposto di questo articolo sino al 395 delle leggi fa chiaro, che la gran-corte, allorchè pronunzia sulle mute carte, restringer debbe i suoi poteri nei confini segnati dai suddetti articoli, che mostrano in lei il giudice del diritto in secondo grado di giurisdizione; perciocchè è officio del giudice imprimere ai fatti ritenuti quel carattere di legalità, che per legge va impressa. »

« Or la gran-corte non avendo ravvisato ne' fatti ritenuti dal giudice regio, tutt' i caratteri che costituiscono la frode, ha dichiarato, che il fatto non conteneva reato, risolvendo così una quistione di puro dritto. E se l'articolo anzidetto a tanto l'autorizzava, tutto l'esame, senza lunghe parole, è da rivolgersi al merito della causa, onde inferirsene l'errore in dritto, e nella sentenza, o nella decisione. Ma la corte suprema trova fondato il ragionamento in dritto, che la gran-corte criminale ha fatto, senza uscire dagli elementi consegnati nella sentenza del primo giudice. Il mezzo quindi sotto questo rapporto non sussiste, perciocchè l'articolo 430 delle leggi penali non risulta violato. »

« Ma la quistione, trasportata sul terreno del fatto, rientra nell'esame, cui è facoltata la gran-corte in appello, relativamente ai fatti, ed al valore de' medesimi, onde conoscersi, se siensi violati gli articoli 219 legge organica giudiziaria, e 293 ll. della procedura penale. Non occorre rivocare in dubbio, che l'esame in fatto non possa aver luogo presso i secondi giudici, senza nuovo dibattimento. La stessa cosa è a dirsi, se si volessero ritenere dai giudici di appello dei fatti nuovi, e non accolti dal primo giudice. La convinzione dell'uno non può esser distrutta dalla convinzione degli altri, senza tenersi il cammino tracciato dalla legge; e questa strada si è la pubblica discussione (art. 391 pr. pen.), una delle instituzioni fondamentali delle attuali leggi di procedura penale, instituzione, che rimarrebbe rovesciata dall'opinione contraria. Gli arresti della suprema corte citati nelle conclusioni del ministero pubblico son tutti consonanti a siffatta massima. »

« Quistione è adunque di osservare, se questa massima siasi violata, e con essa gli articoli 219 della legge organica giudiziaria, e 293 ll. di procedura penale. L'art. 219 della leggè organica giudiziaria trovasi fuso nel 293 delle ll. di procedura penale. Laonde su di questo si ripone tutto il discuito. Esso è così scritto: *Il fatto dal quale deriva la risoluzione della quistione, debbe essere espresso a pena di nullità nella decisione. Anche a pena di nullità alcun falso non può esservi espresso, che non sia stato esaminato in pubblica discussione, meno che non si tratti di fatti non messi in controversia.* »

« Or due sono i vizii, che si oppongono alla decisione. Il primo si fa dipendere dalla violazione della prima parte dell'articolo suddetto, perchè si sostiene, che il fatto contenuto nella decisione sia un fatto mutilato. Il secondo si fa nascere dal secondo comma dello stesso articolo, per essersi insinuati nella decisione fatti nuovi, e non ritenuti dal primo giudice, così che la nullità starebbe or nel silenzio, or nel troppo dire de' secondi giudici. Ma costoro nel primo caso dissero quanto bastava per isciorre la quistione di dritto. E nel secondo non regge ch'essi si avvalsero di nuovi fatti, onde farli servire allo scioglimento della quistione di dritto. In effetti circa al silenzio, l'articolo 293 ll. di procedura penale, prima parte, non esige che il fatto da cui deriva la risoluzione della quistione, vale a dire quel fatto, che conduce ed influisce allo scioglimento. I più minuti particolari di tutta la instruzione scritta ed orale, nulla aggiungono a quelli ai quali si appoggia la risoluzione del problema, e non varrebbero che a far grosso il volume della decisione. Molti arresti della corte suprema ne han già fissata questa intelligenza. »

« Ma la decisione in disamina menziona tutti i fatti racchiusi nella sentenza, che conducono allo scioglimento della quistione: li divide in due classi: nella prima classe annovera i non controversi (articolo 293 ll. di procedura penale, secondo comma), perchè nascenti da pubbliche scritture e documenti. Nella seconda classe, tutt'i fatti raccolti dal

N. B. Nella causa di *Pietro Perretti*, trattata dopo di questa di *Saint-Hilaire* e *Bonocore* nel dì 19 febbraio 1838, Longobardi comm., Nicolini m. p., si discusse un ricorso, in cui il secondo motivo era relativo alla trascrizione del testo di legge applicato, ma il primo ed il terzo miravano anche alla quistione, se una gran-corte di appello può convincersi diversamente dal giudice regio senza ripetere la pubblica discussione. La corte suprema pronunziò nel modo seguente:

« Sul 1°, 2° e 3° mezzo per annullamento la corte suprema osserva, che regge il 2° mezzo relativo alla mancanza della trascrizione del testo di legge applicata nella decisione, a senso degli articoli 294, 373 e 414 ll. pr. pen., non meno che gli altri due mezzi che toccano la quistione di fatto riservata ai giudici del merito ».

« E nel vero, il primo giudice ha dichiarato il ricorrente colpevole di ferita grave volontaria per gli accidenti colla qualità di reiteratore, e nella stessa dichiarazione di fatto si trova il ricorrente escluso dal beneficio della scusante, e quindi condannato a sei mesi di prigio-

primo giudice, secondo il convincimento dello stesso giudice, in seguito di che la gran-corte su gli uni, e su gli altri ragionando, esclude in dritto i caratteri distintivi della frode. »

« Del resto si enumerino i vizii della decisione. Da prima (dicesi) la gran-corte mentre ha dichiarato che il fatto imputato non costituiva reato, non esprime qual fatto esso sia. »

« Ma nella decisione si premettono i fatti essenziali, tratti dalla sentenza del primo giudice, o come costui li ha accolti, i quali fatti in fine si riducono a due. Rilascio di duc. 4000, avvenuto di accordo delle parti, tutte capaci a contrattare, e sopra oggetto suscettivo di contratto, non ostante l'istrumento del 30 decembre 1814, che mostrava pagata tutta la somma in esso istrumento segnata. Per questo fatto la gran-corte ha considerato, che non vi è luogo che a simulazione di contratto in via civile, essendosi fatto manto del vero alla menzogna, giacchè non avvi frode senza il requisito dell'inganno, e dove avvi convenzione non vi è inganno. Considerò altresì la gran-corte che questa medesima somma rilasciata convenzionalmente ora stato oggetto di sentenza arbitrale, renduta già esecutiva. »

« Il secondo fatto si è la ritenzione de' ducati 1370 a causa del registro graduale sulla decisione di aggiudicazione diffinitiva, somma contenuta pure nel suddetto strumento; ma che per effetto di controscrittura dovevasi rendere, come ha accolto in fatto il primo giudice, nel caso che la registrazione cedesse a carico dei debitori espropriati; ipotesi, che essendosi verificata, fece mettere già la stessa somma a conto favorevole del ricorrente Saint-Hilaire in virtù del suddetto lodo, tre anni prima che nascesse la querela di frode. Oltre a che la gran-corte ha considerato, che la controscrittura, qualo si è ritenuta dal primo giudice, rientrasse nell'ultimo comma del numero 2 dell'articolo 430 delle leggi penali. Più: la gran-corte non ha esaminato, se constava delle dette due ritenzioni. Il primo giudice ritenne per vere le due intenzioni, e la gran-corte ragionando, che esse non costituivano frode, non le ha meno ritenute. La gran-corte non ha esaminato, se costava del niego a restituire: essa non ha rifiutato il niego; si è avvisata solamente, che il niego non distruggeva le ragioni degli assoluti, già d'altronde messo in luce: la difesa è degli imputati, la scelta delle suo ragioni è del giudice. Le parti in mezzo all'ansietà che ispirano i giudizii umani, non sanno talora quale delle ragioni sia più capace ad agire sulla mente e sul cuore dei giudici. Di qui tal volta l'affermativa, tal volta il dubbio, tal volta la negativa. La gran-corte non ha esaminato, se questo niego era animato da causa di lucro. Ma la gran-corte per escludere la frode mette precisamente in mostra, che il niego non fu animato da causa di lucro, poichè si era già la somma dei ducati 1370 mossa a favore di Saint-Hilaire tre innanzi del procedimento penale. »

« La gran-corte (dicesi) non parla della controscrittura, nè della dispersione di essa, nè del miracoloso rinvenimento (come si esprime il primo giudice) che la vecchia madre dell'avvocato di Bonocore ne fece dopo circa tredici anni, tra le carte inutili del figlio. È vero, che non si legge in tutta la decisione la parola *controscrittura*; vi si parla però nel numero quarto, come segue: *Convennero inoltre esse parti estroneomente dall' anzidetto istrumento*. Ora la controscrittura non fu che una convenzione oltre il contenuto nell' instrumento, ed essa come foglio privato, perchè redatto dall' avvocato o rimasto presso di lui, non fu che una scrittura privata estranea dall'istrumento. La gran-corte adunque ha espresso in altri termini la cosa stessa; e la parola *controscrittura* non è certamente sacramentale nella causa. »

« È troppo vero altresì che nella decisione non si fa motto della carta, nè del rinvenimento della stessa. Ma questo silenzio nulla toglie ai ragionari della gran-corte. Essa avea bisogno di quei fatti, che conducevano alla soluzione della quistione di dritto, se cioè oravi o no reato, e la contestazione della lite penale non si versava che sulla frode. Che la controscrittura si disperse; che si fosse rinvenuta dalla madre dell' avvocato fra le carte inutili, o altrove; che se ne fosse esibita altra in sua voce, tutte queste minute cose non davano aspetto diverso alla disputa di dritto, se cioè ne'due fatti additati di sopra, eravi la concorrenza degli estremi legali, perchè il reato di frode si costituisse. Quanto in fine ai fatti non discussi (art. 292 secondo comma) tutto si limita ad attaccare la parte considerativa della decisione, ma questa parte consta di rilievi in dritto, anzichè in fatto. — Rigetta, ec. »

nia, trascrivendosi l' art. 359 pr. pen. I fatti chiusi nella sentenza sono di accordo coll'additata definizione del reato; perciocchè si stabilisce per fatto che il ricorrente fu il primo a prorompere in espressioni indecenti (art. 377 n. 4 e 366 ll. pp.) ».

» Attaccata la sentenza con appello, la gran-corte sulle mute carte si ha formato una diversa convizione. Non ha però espressa la novella definizione; ed ha applicata una pena diversa, cioè dieci giorni di detenzione, senza trascrivere nella decisione il testo della legge applicata. Da ciò deriva non solo la menzionata violazione, ma bensì l'altra di aver formato una diversa convizione senza nuovo dibattimento—Quanto alla prima nullità, la gran-corte aveva il dovere di esprimere qual si fosse la convizione di lei, ed indi applicare la pena corrispondente alla novella definizione, ed inserire il testo della legge adottato nella decisione. Ella omise tutto ciò: quindi cadde nella violazione del sopra citato art.—Oltre a ciò la gran-corte formar non potevasi una persuasione diversa da quella del primo giudice, ed intanto ammettere la scusante esclusa dal giudice regio. Il fatto però espresso nella sentenza non si presta, come giace, al *considerato* della gran-corte, nè questo confuta in dritto la sentenza sulla esclusione della scusante. La decisione adunque si trova in ripugnanza co' fatti chiusi nella sentenza, a senso dell' art. 327 ll. pr. penale, e viola una delle basi fondamentali delle attuali instituzioni di rito penale, la pubblica discussione. »

» Conseguentemente annulla la decisione impugnata dalla citazione in appello inclusivamente, *ec. ec.* »

—

IX.

A' §§ *7* e *66* del n. *V.* — Differenza tra il falso e la frode — *Art. 287, 288, 430 ll. pen.*

SOMMARIO

I. Stato della quistione, § 1.
II. Nell'atto di accusa, contro la cui ammessione è il ricorso, non esistono elementi di falso, a' termini dell'art. 287 ll. pen § 2.
III. Non vi esistono elementi di falso a'termini dell'art. 288, § 3 e 4.
IV. Il primo fatto esposto nell' atto di accusa non esprime la complicità del ricorrente, § 5 e 6. — Il secondo ed il terzo menano alla frode, non al falso, § 7 ed 8.— Il quarto ha lo stesso difetto del primo, § 9. — Il quinto ed il sesto menano solamente alla censura del notaio, § 10 ed 11. — Il settimo non contiene elemento di reità, § 12.
V. Il danno altrui non sempre porta al giudizio di falso: vi è un danno anche nella frode, § 13.
VI. Conchiusione, § 14.

1. Signori 1), *Giovanni di Martino* con decisione del 15 gennaio 1836 è stato sottoposto dalla gran-corte criminale di Terra di lavoro ad accusa di complicità in falsità di pubblico instrumento. Di questa falsità il notaio *Sarno*, assente dal giudizio, è creduto l'autore: l'instrumento è per un contratto di compra-vendita che i sig. *Bruno*, *Severino* e *Ruotolo* fanno a *di Martino*. Costui produce ricorso avverso la decisione. Per le sottoposizioni a legittimo stato di accusa non sono ammessibili altri motivi fuori de'tre indicati dall'art. 177 pr. pen. 2). Non mi affatico adunque a ragionarvi della carenza di facoltà a dedur quelli che si leggono nel ricorso fuori de'limiti dell'art. 177. Restringo le mie osservazioni sopra quello che ha fondamento nel n. 1 di quest'art. *se il fatto non porti alla competenza che si è spiegata*. I fatti espressi in questa decisione, possono, secondo che io credo, accennare ad una *frode*, reato che può essere di competenza correzionale; ma non sono elementi constitutivi di *falso*, nè di *complicità nel falso*, reati che menano alla competenza criminale.

2. Il contratto di compra-vendita di cui è quistione, è vero ed effettivo: i fondi sono passati effettivamente nella proprie-

1) Conclusioni nella causa di *Giovanni di Martino*, 18 aprile 1836, Montone comm., Nicolini m. p., Fed. Castriota-Scanderbeg e Gius. Marini-Serra avvocati del ricorrente, Vinc. Ferrara avv. resistente al ricorso.

2) V. *supra* il § 7 del n. V.

tà di *di Martino*. Capaci di alienare erano i venditori, capace di acquistare era il compratore. L'instrumento del 19 dicembre 1833, siccome esso giace, è riconosciuto dalle parti per quello ch'esse hanno stipulato, dettato e voluto: esse riconoscono egualmente come vere e fatte di loro volontà le rasure ed aggiunzioni che vi si osservano. Veduta adunque la causa sotto quest'aspetto, l'atto pubblico ed autentico del 19 dicembre 1833 non contiene alcuno de'caratteri delle falsità prevedute dall'art. 287 delle ll. pen.

3. Si esamini ora l'accusa dal lato dell'art. 288. Questo è l'art. indicato nell'atto di accusa, atto ch'è stato ritenuto dalla gran-corte criminale nella sua decisione. Nè la gran-corte espone altro fatto, nè cita altro articolo di legge.

4. Ma si osservi, che quest' art. 288 prevede il caso di un impiegato o ufiziale pubblico, qual sarebbe il notaio, il quale redigendo gli atti del proprio ministero, ne abbia fraudolentemente disnaturato la sostanza o le circostanze; e ciò tassativamente in due modi.—Il primo è, se l'ufiziale pubblico abbia scritto convenzioni diverse da quelle che sarrebbero state dettate o distese dalle parti. Questo modo non si verifica nella causa presente, perchè le parti intervenute nell' atto, non meno che i testimoni, hanno costantemente sostenuto avere il notaio scritto il contratto, quale esse lo avevano convenuto, e quale lo dettarono. Le istesse rasure ed aggiunzioni vi furono fatte di loro volontà, e per esprimere più chiaramente quello che vollero.—Il secondo modo onde incorrere nella falsità a' termini dell'art. 288, consiste nel dichiarar veri fatti falsi, o come fatti riconosciuti quelli che non lo sono. Questi fatti nell' atto di accusa son sette.

5. Il primo di essi è che il compratore *Giovanni di Martino* non fu affatto presente al perfezionamento dell' atto. Il notaio dunque avrebbe dichiarato il fatto della presenza di costui in opposizione alla verità; e quantunque tal presenza sia stata costantemente sostenuta per vera dalle parti, rimarrebbe un fatto, che o contro o a seconda di tai dichiarazioni delle parti, dovrebbe dichiararsi *constare* o *non constare* dal giudice d'alto criminale. Nè vale l'argomentare che fa il ricorrente dalle altre carte del processo venute in corte suprema, dalle quali risulta la sua certa presenza, allorchè l' instrumento si lesse alle parti. La corte suprema non è giudice di fatto. Per decidere appunto s'egli vi fu o non vi fu, e se il notaio abbia assarito un fatto falso o un fatto vero, vi è necessario il giudice del merito o nel giudizio di sottoposizione all'accusa, o nel giudizio definitivo: e questo giudice non può esser altri ch una gran-corte criminale. Se dunque l'atto di accusa fosse stato spiegato contro il notaio, questo solo fatto basterebbe alla motivazione del giudizio di sottoposizione all' accusa ed alla competenza.

6. Ma la sottoposizione all'accusa è stata spiegata non contro il reo principale *Sarno*, bensì contro il complice *Giovanni di Martino*, e spiegata pel n. 1 dell'art. 74 ll. penali. Il quale n. 1 dell' art. 74 parla della complicità per commessione o mandato a commettere il reato. Or non vi è una sola parola in tutte le due decisioni, la quale esprima che *Giovanni di Martino* abbia dato commessione o mandato a commettere una falsità. e molto meno a dichiarar vero quel fatto non vero. Si può argomentarlo dal cassiano *cui bono*. Ma questo non è che un indizio:il solo giudice di fatto potea trarlo alla conseguenza della complicità: la corte suprema non è instituita per decidere alcuna cosa di fatto, nè per supplire alle pruove o alle argomentazioni che mancano. Certo è che il fatto ritenuto dalla gran-corte non presenta alcun elemento di questa complicità. Dunque il fatto non mena alla competenza, la quale si è spiegata determinatamente, non contro *Sarno*, ma contro *di Martino*.

7. Il secondo fatto espresso nell'atto di accusa è che il venditore *Severino* dichiarò liberi i beni venduti, mentre erano sottoposti ad ipoteca. Questa però è certamente falsa assertiva di una delle parti, fatta al notaio, e da costui registrata nell'atto ch'ei stipulò, quale gli fu dettata. Il notaio adunque, a cui si riferisce l'art. 288, non ha dichiarato per vero un fatto falso, ma ha registrato veracemente la dichiarazione del fatto, vero o falso ch'ei sia, quale a lui è stato asserito dalle parti. Per lo che ei non è per questo capo reo di falsità: il suo ufizio non è

altro che notare ciò che dicon le parti, e significarlo in quel modo ch'esse lo dettano: un instrumento non è che il processo-verbale di ciò che si dice e si fa innanzi al notaio: la sua fede consiste unicamente in questo, e non già nella verità del fatto che si asserisce. La parte all'incontro che asserisce innanzi al notaio un fatto non vero è un mendace; ma se la menzogna è convenuta pria fra le parti, esse possono scambievolmente garentirsene con una *controscrittura* 1): se poi una delle parti mentisce in danno altrui, può esser anche reo di frode, ma non è reo di falso, a' termini dell' art. 288, nè rende falso l'instrumento. Nemmeno dunque per questo fatto abbiamo contro *di Martino* elementi del reato di cui venne accusato. Se questo può ricader nella frode, la competenza poteva esserne correzionale.

8. Il terzo fatto è nell'assertiva del pagamento in contante, mentre il pagamento si fece altrimenti. Ma nell'instrumento stesso si dice: *Detto Bruno dichiara e confessa in presenza di noi notaio e testimoni aver avuto e ricevuto in varie e replicate volte dal detto acquirente di Martino, e sempre in contante, argento, la detta somma di duc. 2000.* La somma dunque non fu pagata innanzi al notaio: costui ricevette semplicemente la dichiarazione di *Bruno*, uno de' creditori del venditore, di aver avuto e ricevuto la somma *in varie e replicate volte*. Il notaio dunque espresse con verità quello che gli si dichiarò. Se questo fatto non è vero, e se il pagamento invece di essere stato già fatto, si fosse effettuato posteriormente con *boni*, e che questo modo di pagamento si fosse fatto anche noto al notaio posteriormente, tutto ciò può anche ricader nella frode: è un rigiro, una simulazione a danno altrui, ma non falsifica l'instrumento.

9. Il quarto fatto è che nell'instrumento non vi erano postille, e che l'aggiunta relativa a'ducati 100 da pagarsi al venditore, si formò dopo la chiusura dell'atto; senza che vi fossero presenti i testimoni nè i medesimi interessati. Questo sarebbe, come il primo, un elemento di falsità contro il notaio; ma per questo, ugualmente che pel primo fatto, manca ogni argomentazione di complicità, nè vi è una parola relativa alla commessione o mandato di cui è accusato *Giovanni di Martino*.

10. Il quinto elemento di falso è, che l' istrumento è contaminato da qualche *rasura*. Ma s'ella non contiene disnaturamento o interpolazione di ciò che veramente han dichiarato le parti, è infrazione del regolamento notarile, subbietto di censura 2), non è falsità, subbietto di giudizio penale.

11. Il sesto fatto riguarda le *aggiunzioni*, e per queste non solo campeggia la stessa osservazione, ma ben dice il ricorrente, che la legge le permette, quando sieno consentite e soscritte dalle parti.

12. Il settimo è per la *identità de' contraenti, non attestata da persona cognita ad essi*. Ma niuna legge dice che il notaio ed i testimoni debbano avere una precedente e lunga conoscenza delle parti (a), nè ch'essi debbano prima d' ogni contratto fare accurate indagini sulla loro persona. Basta che al momento in cui si celebra l' atto, essi abbiano la convizion morale, che quelle sieno le tali persone e non altre 3). Or non vi è stato mai dubbio che *Bruno* e *di Martino* sieno *Bruno* e *di Martino*, e che di essi il venditore qui sia venditore, e compratore il compratore. L' identità dunque dei contraenti è precisamente quella che è stata attestata.

13. Discende poi la gran-corte a dire, che questo instrumento attacca i dritti e la proprietà di un terzo. Ciò forse è vero; perchè il fondo già era ipotecato al querelante, e prima che dal creditore, o negligente o di troppa buona fede, questa ipoteca fosse stata inscritta, il debitore lo vendè a *di Martino* come libero da ogni

1) Art. 1275 ll. cc. — V. la concl. precedente, § 21.

2) Art. 25 e 104 l. 23 nov. 1819.

(a) *Giusta il novello codice penale: I notai ed altri pubblici uffiziali non potranno ricevere nè stipulare alcun atto senza conoscere le parti, o senza che queste siano loro fatte conoscere da due persone sottoscritte o segnate all' atto, non aventi interesse nel medesimo, ed inoltre cognite al notaio o pubblico uffiziale, e che abbiano le stesse qualità di quelle richieste per essere testimoni instrumentari; sotto pena del carcere e della sospensione dai pubblici uffizii (art. 348).*

3) Art. 21 d. legge.

vincolo ed ipoteca. e *di Martino* cui era nota l' obbligazione sul fondo, non meno che la negligenza del creditore, trascrisse subito all'uffizio della conservazione delle ipoteche il suo contratto. Passarono poi i quindici giorni (a), e nell' andare il creditore ad inscrivere il suo credito, trovò già trascritto il passaggio della proprietà ad altri, e rimase deluso: nè per altra ragione si affrettò il compratore a stipulare il contratto, se non perchè non sarebbe stato più obbligato a riconoscere un credito non inscritto sul fondo, e sul quale il creditore per la sua negligenza avrebbe perduto ogni dritto 1). Ma ciò può rientrare nel rigiro, nella simulazione, negli artifizii colpevoli constitutivi della frode: non è falsità dell'instrumento del 19 dicembre 1833 2). Intanto la sottoposizione all'accusa della quale ora ragioniamo, conchiude per la falsità, non per la frode.

14. Per le quali cose a me sembra, che il primo ed il quarto fatto menerebbero alla competenza criminale per conoscere se il notaio fosse o non fosse colpevole, ma niuna argomentazione vi si fa per la complicità del ricorrente. Siffatta complicità adunque vi rimane non motivata; e perciò è violato l'art. 219 della legge organica. Gli altri fatti poi menerebbero alla frode, non alla falsità; e la competenza della frode può essere correzionale. Il fatto dunque non porta di per se stesso alla competenza che si è spiegata, ed è violato l'art. 177 pr. pen. Dimando perciò in nome della legge l' annullamento della decisione, dall'atto di accusa in poi, perchè presso un' altra gran-corte si rinnovi il giudizio di sottoposizione all'accusa 3).

X.

Al § *69* **del n.** *V.*—**Del pentimento.** *Art. 73 ll. pen.*—**Condizioni che si richieggono per l' utilità del pentimento e della ritrattazione nel falso di scrittura privata.** *Art. 447 proc. pen.*—**Condizioni del pentimento e ritrattazione nel falso giudiziario.** *Art. 193 ll. penali.*

SOMMARIO

I. È natural cosa il perdonar chi si pente, § 1. II. Storia dell' art. 73 ll. pen., § 2. — Temperamenti di benignità che possonsi adoperare dai giudici quando la legge ne' casi particulari non fa caso del pentimento, § 3. — Quali condizioni debba avere il pentimento, onde sia un mezzo

(a) *Il cosidetto beneficio di potere iscrivere il credito dopo i quindici giorni dalla trascrizione di un atto traslativo di proprietà non è più riconosciuto dal novello codice civile, il quale nell' art. 1942 stabilisce nel seguente modo: Le sentenze e gli atti enunciati nell' articolo 1932, sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti su l'immobile — Parimenti, sinchè non sia seguita la trascrizione, non può avere effetto a pregiudizio dell' ipoteca concessa all' alienante dall' art. 1969, alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il nuovo proprietario — Seguita la trascrizione non può avere effetto contro lo acquirente alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il proprietario, quantunque l' acquisto risalga a tempo anteriore al titolo trascritto.*

1) Art. 2077 ll. cc.

2) Aquilius, *cum ex eo quaereretur quid esset dolus malus? respondebat: cum esset aliud simulatum, aliud actum: nec ut emat melius, nec ut vendat, quidquam simulabit, aut dissimulabit vir bonus.* Cic. de off. III, 14, 15 Non vi è *falsità* senza simulazione o dissimulazione; ma non ogni simulazione e dissimulazione è *falsità*: ella se nuoce altrui, può ricadere in un reato minore, qual'è la *frode*.

3) La corte suprema credette che gli elementi della complicità nel falso fossero abbastanza spiegati nella decisione, e rigettò il ricurso. Con tutto ciò che la gran-corte criminale dietro pubblica discussione, dichiarò: *consta che Giovanni di Martino non abbia commessa complicità nel misfatto di falso: consta bensì che abbia commessa frode*, adottando per motivazione ciò ch'era scritto in queste conclusioni. E perchè il reato era correzionale, lo ammise al beneficio della reale indulgenza, dichiarando non esservi luogo a pena, ma a semplice risarcimento di danni-interessi a pro della parte-civile. Ne produssero ricorso tanto la parte-civile per la dichiarazione di reità, quanto il *di Martino* per essersi aggiunto alla decisione il rimborro dei danni-interessi. Entrambi i ricorsi furono dichiarati irricevibili. Arresto del 7 agosto 1837, Montone comm., Nicolini m. p. — Io però dimandava la sola irricevibilità del ricorso della parte-civile e del pubblico-ministero. Imperocchè tosto che la gran-corte non avea trovato luogo ad applicazione di pena per effetto della reale amnistia, intera doveva esser rimessa la causa a' tribunali civili per l' azione de' danni-interessi cagionati al creditore dalla frode, la cui consumazione non potea più richiamarsi ad esame.

1. Signori 1), fa veramente meraviglia come e vecchi e nuovi codici penali, usciti ugualmente da chi professa la morale evangelica, niun cenno facciano del pentimento de'rei, dal quale avvien sovente che nel corso il più precipitoso d'una malvagia azione, si arrestin di questa o si attenuino gli effetti. E pure si gloria ognun di ripetere, che la giustizia umana non è che un raggio riverberato in noi della giustizia divina; e l'autor divino di nostra fede ci ha dato il suo sangue in pegno dell'alta promessa di stender le braccia a chi gli si rende pentito 2). Bello è l'agire in modo, che non ne sorga poi ragion di pentirsene; ma per chi già è trascorso ad eccessi, non rimane altro porto di salute, fuor che il ravvedimento ed il cangiamento di consiglio 3). Questo è il solo mezzo, per cui la Provvidenza può rendere il lume della ragione a chi mostrolla offuscata o travolta da inique passioni 4): questo, spezzando a tempo ogni impresa mal avviata, redintegra le forze dell'animo, confermandolo nel sentiero del retto 5): questo, se riconcilia lo offensor con l'offeso, lo rende caro alla intera società; anzi se alcuno, contro chi ravveduto gli chiede mercè del mal fatto, fiero si ostina alla vendetta ed al sangue, ei n'è riputato più belva che uomo, anzi d'ogni senso d'umana natura spogliato. E siccome la natura del dritto dalla natura dell'uomo e degli affetti umani dee ripetersi 6), così ove questi principii si trasfondano nelle leggi, non solamente si fa omaggio alla umanità ed alla religione, ma la civil comunanza ne riceve sempre augumento, perfezione, e ristoro.

2. Se non che l'umana giustizia non è fatta per giudicare gli affetti interni nè i pensieri. *Leges in facta constitui* 7): e perciò il pentimento interno dell'animo, il quale non influisca a rattemperare la foga dell'azion criminosa, e nulla tolga al reato, comecchè lo segua pronto e sincero, è tardo per le leggi umane ed inutile 8). L'antica nostra giurisprudenza ri-

1) Conclusioni nella causa di *Pasquale Polimante*, 25 agosto 1834, Montone comm., Nicolini m. p., Niccola Magaldi avv. del ricorrente.

2) Dante, Purg. III, 119, introduce Manfredi, uno de' nostri re, a parlare così:

Io mi rendei
Piangendo a quei che volentier perdona.
Orribil foron li peccati miei;
Ma la bontà infinita ha sì gran braccia,
Che prende ciò che si rivolve a lei.

3) *Sapientis est proprium, nihil quod poenitere possit, facere. — Si est erratum, optimus est portus poenitenti mutatio consilii.* Cic., Tusc. V, 28. Philipp. XII, 2.

4) . . . . Coelestes . . . .
Saepe levant poenas, ereptaque lumina reddunt,
Cum bene peccati poenituisse vident.
Ovid. ex Ponto, I, El. 1, v. 57.
D'uomo è il fallir, ma dal malvagio il buono
Scerne il dolor del fallo.
Alfieri, Rosmunda III, 1.

5) *Praeteritum factum dolet, et correctionem respicit, confirmans animum ad recte vivendum* Lact. VI, 24.

6) Cic. *De leg.* I, 5; — *De off.* III, 17.

7) Tac. III, 69.

8) *Celerem poenitentiam, sed eandem seram atque inutilem sequi.* Liv. XXXI, 32. — Lattan-

metteva la pena del tentativo del reato, quando però il pentimento del reo fosse sorvenuto a tempo da impedirne la consumazione; regola convertita in legge dall' art. 18 del codice penale del 20 maggio 1808. Nè quella giurisprudenza antica, nè quest' art. 18 furono mai perduti di mira dalla corte suprema, quando con la sua giurisprudenza, *clemente legis interprete* 1), ne' cinque anni che fu in uso appo noi il codice penale francese, con saggia temperanza di benignità ne raddolcì l' art. 2, che tanto severamente puniva il tentativo 2). Finalmente l' art. 73 delle ultime leggi penali disse così: *Se il corso del reato sia stato interrotto per causa del pentimento del colpevole, egli allora non soggiacerà che alla pena degli atti già eseguiti, quante volte questi sieno dalla legge caratterizzati per reati.*

3. Ognun vede da ciò, che il pentimento, il quale dopo la consumazion del reato segue *pede claudo antecedentem scelestum* 3), non meno che la spontanea confession del suo torto, a nulla può soccorrerlo ne' nostri giudizii. Se non che ne' reati soggetti a pena temporanea, questo pentimento può esser preso in considerazione nell' applicare la pena, piuttosto piegandola al minimo, che elevandola al massimo del grado 4). Anzi ne' misfatti speciali la presentazione spontanea del reo, in caso di condanna alla pena di morte, produce di dritto la sospensione della esecuzione, ed obbliga la gran-corte speciale ad un rapporto al ministro segretario di stato di grazia e giustizia, per far presente all' alto giudizio del Re la rassegnazione d' un uom pentito alle leggi, onde averne commiserazione e raddolcirne la pena 5). Il Re in questo caso, col suo dritto di grazia, la più bella gemma d' una corona reale, rappresenta veramente l' immagine augusta di quella *bontà infinita, che prende ciò che si rivolve a lei.*

4. Quando poi il pentimento sorge a tempo, e previene salutiferamente la catastrofe ultima del reato, sì che o per timore o per pudore ne impedisca il compimento 6), sarebbe improvida la legge, se non dicesse al reo: *arrestati alla voce della coscienza: tu hai già infranta la porta, hai già disteso a terra l' infelice il quale non può più vietarti di dar nel sangue e nell' aver di piglio* 7): *ciò ti basti: se la vergogna, o anche la paura della pena dilegua ora in un punto il tuo iniquo disegno, si perdonerà la pena anche del misfatto tentato*; ed o *rimarrai impunito, o non avrai altra punizione, che del lieve danno già fatto, o sia della semplice ingiuria o per-*

zio nel luogo poc'anzi citato distingue il pentimento (*poenitentia*) dal ravvedimento (*resipiscentia*): il primo si arresta al rimordimento del mal fatto; il secondo vi aggiunge quella che chiamò Cicerone *mutatio consilii, optimus portus, si est erratum*. A dir vero però, nè il nostro linguaggio religioso e morale, nè il linguaggio legale fa uso della voce *pentimento* se non nel senso di *resipiscere, resipiscentia*. Staccato dal proposito di correggersi e riparare il mal fatto, è un rimorso, e spesso rimorso disperato; a cui però gli antichi diedero per ispiratrici *le feroci Erine* (Inf. IX, 45), non gli Dei clementi, che all'uom pentito fan grazia, *ereptoque lumina reddunt*.

1) Liv. I, 26.

2) V. il *suppl. alla collez. delle leggi*, serie crim., n. 1 e segg. — V. il n. XXI, § 45 e 46, pag. 264 di queste nostre *Quistioni di dritto*.

3) Hor. od. III, 2, v. 31.

4) È una delle ragioni per cui è sì commendevole la nostra legge, la quale non ha che una sola pena perpetua, l'*ergastolo*; e questa negli estremi casi, ne' quali non trova altro modo per risparmiare la pena di morte. L' *ergastolo* non è dato che, I, ad una sola specie di furto sacrilego (art. 99); II, alla pirateria accompagnata da violenza alle persone (art. 119), III, alla falsità di moneta (art. 263); IV, alla falsità di fedi di credito (art. 272); e V, a' reati che punibili per sè del quarto grado di ferri, meritano un accrescimento di grado per qualche circostanza aggravante, qual sarebbe la recidiva, la violenza pubblica, la qualità della persona dell' offeso o del reo. Quasi tutti questi casi nel cod. penale francese son puniti di morte. Intanto l'*ergastolo* è presso di noi un temperamento di benignità per evitare la pena di morte nel tentativo o nella complicità di secondo grado ne' misfatti capitali, ed in altre specie di attenuanti. Per tutti gli altri misfatti non si danno che pene temporanee, ove gli altri codici son prodighi delle pene perpetue, e della pena di morte; e ciò appunto perchè possano i giudici avere una latitudine dal minimo al massimo, secondo le particolari circostanze del fatto. — V. il § 5 del n. XI, di queste *Quistioni*, pag. 201.

5) Art. 437 pr. pen.

6) Petrarca, gran maestro della fisiologia del cuore umano, parla della forza del timore o del pudore da cui nasce il pentimento, atto a dileguare il più tempestoso movimento dell'animo:

E so come in un punto si dilegua,
Se paura o vergogna avvien che 'l segua.
Trionfo d'amore, c. 3.

7) Dante, Inf. XII, 105.

cossa. Nello stesso raddolcimento di pena, di cui fa uso la legge pei misfatti tentati o mancati, ella mira appunto a fortificare nell'uomo il senso naturale del pentimento: imperocchè se la pena del tentativo di misfatto fosse pari a quella del misfatto consumato, il reo tornerebbe facilmente a' secondi colpi, ed a mezzi più efficaci per eseguir pienamente e incarnare il disegno: la sola riflessione di averne una pena più mite, può rendere meno sfuggevoli e più salutari i suoi immediati rimordimenti 1). Il perchè se questi sorgono più utilmente o al primo avviarsi o nel corso dell'azione, convien favorirne a tutto potere lo sviluppamento, e sciogliere il reo d'ogni imputazione, che dal fine cui tendeva, ha contratta. Così non si rintuzzano colla minaccia inopportuna di rimedii troppo gravi 2) i sentimenti religiosi e morali dell'uomo; e la legge naturale del perdono divien fondamento della legge positiva e della civil sicurezza.

5. Il che stanziato dall'art. 73 ll. pen: qual regola generale per tutti i reati, lo è particolarmente ne' reati di falso in privata scrittura. Perchè mai l'art. 446 pr. pen. prescrive, che un querelato di falso in privata scrittura debba essere pria di tutto citato a dichiarare, se intenda far uso, o voglia desistere dal far uso del documento? Appunto perchè in vista del pericolo giudiziario al quale ci si espone, si ravvegga almeno per vergogna dell'accusa e per paura della pena, ed arresti volontario gli effetti legali d'una carta, la quale non avrebbe mai dovuto uscire alla luce. E s'egli fra otto giorni, conceduti al ritorno della calma e del consiglio, dichiari non volerne far uso, o desistere dal farne uso, non vi sarà più luogo a procedimento penale. Questa dichiarazione diventa irrevocabile pei suoi effetti, non solo nel giudizio penale, ma anche nel civile, ed il documento vien *rigettato* tanto dal processo penale, quanto dal civile 3). La qual frase della legge, *sarà il documento rigettato dal processo*, non indica già restituzione o lacerazione materiale della carta 4), ma perenzion legale di essa, proibizione a farne più uso, annullamento, non fisico, ma giudiziario, di tutti gli effetti che fino a quel momento ella avesse ottenuti; e ciò nel solo interesse del reo e di chi ha causa da lui 5).

6. Questa disposizione la quale non è nel codice penale francese, parve ad alcuni troppo benigna, anzi pericolosa nel nostro; per cui si è cercato restringerne a tutto potere il favore. — Ed in primo luogo si vorrebbero applicare gli art. 446 e 447 pr. pen. a' soli produttori scienti d'una carta falsa, e solamente quando costoro non sieno stati essi stessi gli autori, ovvero i complici della falsità 6). Ma ciò è contrario alle parole stesse dell'art. 446: *se un documento prodotto viene attaccato di falso in privata scrittura, l'imputato sarà citato a dichiarare*, ec. La legge qui non fa distinzione alcuna: parla di *documento prodotto*; nè distingue se prodotto in un giudizio civile, o in un giudizio penale: parla di *attacco di falso*, nè distingue se sia di falso operato da altri, o di falso operato da colui stesso che ha prodotto la carta; parla d'*imputato*, nè distingue se imputato di contraffacimento della soscrizione, di alterazione dell'atto, di supposizione della persona, d'inserzione di nuove clausole dopo la chiusura, ovvero di semplice uso sciente, fattone da chi non è autor principale nè complice del falso. La sola distinzione che fa la legge, è tra la scrittura autentica e publlica, e la scrittura privata. Per l'autentica, giova solo nel falso incidente civile il dichiarare di non più volerne far

1) Lo stral volò; ma con lo strale il voto
Subito uscì, che vada il colpo a vôto.
Gerus. XX, 63.

2) Gravior remediis, quam delicta erant.
Tac. III, 28.

3) Art. 447 pr. pen.

4) Come un mio amico da me sommamente stimato, comentando quest'art., ha mostrato recentemente di tenere.

5) *Sia rigettato nell'interesse del reo*, dice l'art. 312 pr. civile; e la frase simile dell'art. 447 pr. pen., *sarà il documento rigettato dal processo*, indica puro che sarà rigettato dalla causa, o sia che non sarà più di alcuna efficacia per l'accusa del reo. Ma rimane fisicamente negli atti, come vi rimangono le decisioni annullate dalla corte suprema, ed i contratti dichiarati nulli o rescissi. Una azione *estinta* per la prescrizione, o anche per la morte del reo, non si seppellisce sotterra come il cadavere dell'uomo: il suo libello rimane in processo, benchè senza efficacia legale. Le parole di effetti fisici sono trasportate in legge, come metafore indicanti effetti morali.

6) A' termini dell'art 292 e 293 § 2, ll. pen.

uso; ma dedotta la falsità nel giudizio penale, questa stessa dichiarazione non vale. Troppo compromessa è con tal falsità la pubblica fede, perchè possano rimanerne impuniti il fabbro principale ed il complice, e coloro medesimi, che senza essere complici della falsità, ne avessero scientemente fatto uso.

7. Ma nella falsità di privata scrittura non ha effetti legali, se mai o non venga pria riconosciuta da colui contro al quale ella si produce, o non sia verificata 1). Ella dunque è una carta vana, ove non se ne cominci a far uso. L'uso solo astringe il reo al pericolo, quante volte però non vi si accoppi violazione di pubblici registri, nè abuso di ufizio in coloro a'di cui atti è attribuita dalla legge la pubblica fede 2): mancata la falsa registrazione, manca pure l'allarme pubblico, che segue la violazione de' depositi degli atti solenni su' quali riposa lo stato delle persone e la sicurezza delle proprietà e della pace domestica. È dunque non legge di equità, ma della più severa giustizia il non confondere gli atti pubblici con gli atti privati, e nella falsità di questi avvertire il reo che dalla sua volontà dipende il dar vita ad essi: di essi non esiste pubblica traccia, quando il reo o non li produca o li ricusi. E perciò la legge esige la dichiarazione preliminare di lui, se intenda farne uso o desistere dal farne uso.

8. Il principio n'è tratto dalle leggi romane. Se non che la l. 8, C. IX, 22, *de falsis*, parlando del caso *si falsos codicillos ab his contra quos supplicas, factos esse contendis*, parla delle scritture così private, che pubbliche: e distingue gli autori della falsità, da coloro *quos periculo solus usus astrinxerit*, assoggettando i primi a tutta la severità della legge cornelia, benchè protestino non voler far uso del falso, ed assolvendo i secondi, quando facciano simil protesta. La legge nostra è più severa per le scritture pubbliche, perchè condanna ed i primi ed i secondi; e ciò con giusto rigore, perchè anche i secondi nel far uso d'una carta pubblica ed autentica che sanno d'essere falsa, tengono in non cale la pubblica fede, e si rendono partecipi d'una frode, cui la legge è sì intesa a reprimere. All'incontro nelle falsità in privata scrittura, tanto i fabbri di essa, quanto coloro che scientemente ne fanno uso, sono veramente quelli, *quos periculo solus usus adstringit*, e la ragione della l. 8, C. *de falsis* fa sì che la nostra legge ne applichi tanto a' fabbri del falso privato, quanto a coloro che scientemente ne fanno uso, la disposizione 3).

9. Si dice in secondo luogo avvenir sovente, che la privata scrittura, benchè falsa, o benchè non ancora riconosciuta, ha potuto già partorire tutto il suo effetto, come avverrebbe in una cambiale, o in una procura, per le quali siasi agito indipendentemente dalla persona la cui soscrizione è stata contraffatta. E se la carta falsa, prima di essere attaccata di querela al penale, abbia prodotto ansietà e lunghi dispendii in un giudizio, non è questo forse un uso tristo che non può più disdirsi, un fatto dannoso che non può più disfarsi? Derisorio, si dice da costoro, derisorio allora sarebbe il dimandare se della carta si vuole far uso: tropp' uso già, ed uso tristissimo e nocevole se n'è fatto (a).

1) Art. 1276, 1277, 1278 ll. cc. — Art. 287 e segg. pr. civ. — Se dunque per dare alla scrittora privata una data falsa, e render certa tal data, vi si sia apposto un falso registro, falsificando i registri pubblici, come abbiam veduto *sopra* ne' §§ 1, 56, 60, 64 del n. V, il caso diventa diverso.

2) Art. 1271 ll. cc.

3) Perciò in causa simile a questa di *Polimante*, noi, nel riferire questa l. 8, fummo contenti alle sole parole: *illis prodest instrumenti usu abstinere, quos periculo solus usus astrinxerit*. È un principio luminosissimo; ma come è ottimamente applicato nel caso di falsità di privata scrittura, così lo sarebbe male nelle falsità di scritture autentiche e pubbliche. Queste nostre conclusioni furono pronunziate nella causa di *Mario Cufari*, 18 dicembre 1835, De Luca comm., Nic. de Giovanni avv. del ricorrente. Esse sono state pubblicate dal nostro dotto amico, presidente Santo Roberti, nel suo V vol., pag. 251, con alcune note però, alle quali *noi* non possiamo assentire.

(a) *Pel novello codice penale invece non dev'essere interpellato colui che già trasse profitto dalla falsità: Se un documento prodotto viene attaccato di falso*, pria che se ne sia tratto profitto, *ed il giudizio sia di falso in privata scrittura, l'imputato sarà citato a dichiarare se intenda far uso o se voglia desistere dal far uso del documento. Se egli dichiara di non volersi più servire del documento sarà il documento rigettato dal processo e non vi sarà più procedimento penale (art. 352). Della lettura del presente articolo si vede chiara cha la interpellanza dee farsi a coloro i quali possono avere un interesse qualunque di servirsi del*

10. Ma in primo luogo è necessario il distinguere, se la carta falsa sia stata già un mezzo di frode, ovvero sia rimasta agli effetti soli di qualche spesa giudiziaria. Così p. e. può alcuno con una mia falsa lettera sorprendere la buona fede d' un mio amico, e farsi consegnare una somma. Egli è reo di *falso*, perchè è autore della falsa lettera, e di *frode*, perchè con rigiro, con inganno, con simulazione ha saputo persuadere all' amico un credito immaginario sopra di me, ed ha scroccato il danaro. S' egli allora dichiara di desistere dal far uso della carta falsa, il solo procedimento penale di *falso* si arresta, ma rimane il procedimento penale di *frode*, e quella stessa dichiarazione di desistenza può esserne una pruova 1). E s' ella è frode di alto criminale, benchè non abbia raggiunto il suo scopo, il procedimento penale può ancora aver luogo per frode tentata. Ma se la frode fosse correzionale, e non consumata, sì che per gli art. 71 e 72 delle leggi penali non si ammettesse procedimento penale, il danno è più temuto, che fatto; e pentito il reo della falsità, ben poco rimane al querelante per farne oggetto d' una dimanda di danni-interessi.

11. Oltre a che, il proseguimento accanito del giudizio penale, e la condanna alla reclusione ed a' ferri disfanno forse il pregiudizio ed il danno prodotto dal reato ? Quando gli offesi trovino ugual modo onde ripararlo , o che il reo sia condannato , o che si arresti il procedimento penale , non debbono cercar più oltre. La pena non è vendetta dell'offesa: e la giustizia, volontà senza passione, non s' arma di quella per soddisfare questa passione funesta. Perciò l' azion penale non è data a' privati : non interessi privati , ma ragioni di pubblica utilità e di pubblica morale ora l' animano , ed ora la perimono: basta al privato che nè peggiore da questa perenzione diventi la sua azion civile , nè migliore a fronte di lui la condizione del reo 2) : e sempre intera rimane a lui l' azion civile del danno ch' egli ha sofferto del reato 3) per l'uso del falso, spinto innanzi sino a che il documento non sia rigettato dal processo. Anzi è da distinguere la perenzione del procedimento penale nata da necessità di natura o di legge , da quella che la legge rimette alla volontà delle parti. Al primo caso appartiene l'eccezion perentoria della morte del reo, ove intera rimane contro gli eredi la causa de'danni-interessi presso i tribunali civili: nulla può il giudice penale più statuire per essi, e nemmeno profferire che il danno sia avvenuto, o che la carta sia falsa 4).

12. Ma dove per perimere il giudizio

documento arguito di falso e possono dallo stesso trarre alcun profitto sia direttamente , sia indirettamente.

Anche quando alcuno avesse dato incarico di foggiare una carta privata per costituire un titolo a favore di un terzo, o formata egli stesso una carta di simil genere , la interpellazione provvederà a tutto; avvegnacchè, o gl'interpellati rispondono di non volersene servire , e niun pregiudicio ridonderà a coloro a cui danno si era foggiata la scritta; od eglino risponderanno affermativamente, ed allora provata la falsità nei modi ordinarii, saranno puniti secondo i casi, quali agenti principali , complici od usatori scienti della carta.

Il fatto dell' autore della carta che non le riguarda , sarà sempre pregiudizievole ed illecito, da poter dare luogo ai danni interessi in linea civile, ovvero costituire una truffa qualora con la formazione della carta falsa, mediante un prezzo ricevuto, si fosse procurato un qualsiasi profitto a favore altrui col pregiudizio di un terzo.

1) Questo caso avvenne nella causa di *Saverio Fucito* , ove io sostenni tutto ciò nelle mie conclusioni, per le quali avrei voluto, che dopo aver costui , sul bel principio del processo di falsità , protestato di non far più uso delle lettere false di un suo zio, potesse essere perseguitato per la *frode* , e non pel *falso*. Arresto del dì 8 novembre 1837 , MONTONE comm., NICOLINI m. p., CESARE MALPICA avv. del ricorrente.

2) L. 74, 75, 134, *De reg. iuris*.

3) Art. 1336 ll cc.

4) Arresto del 20 luglio 1838 nella causa di *Rosa Fortunato*, DE LUCA comm , NICOLINI m. p., DOM. , CAPITELLI avv. Quest' arresto annullò una decisione, che dopo aver dichiarata estinta l'azion penale di falso per la morte del notajo, dichiarava falso l'instrumento. — Con l'arresto del dì 1 aprile 1839, nella causa di *Orazio Giunti*, DE LUCA comm NICOLINI m. p., MICH. NICOLETTI-ALTIMARI avv. , fu annullata una decisione, che dopo aver dichiarata estinta l'azion penale di falso per prescrizione, anche dichiarò falso l'instrumento, e lo rigettò dal processo. — Con arresto del dì 16 settembre 1836 nella causa di *Carlo Rossetti*, FRANCHI comm., NICOLINI m. p. , fu annullata una decisione, che dopo aver dichiarata estinta l'azion penale, statuì sopra i danni-interessi. — La giurisdizion criminale è estinta , quando è estinta l' azion penale. Non rimane allora agli offesi, che l'azion civile *ex maleficio*, da sperimentarla però innanzi ai giudici civili, porchè anche questa non sia prescritta.

penale è necessaria la volontà del reo, siccome avviene in quelle amnistie per le quali è data libera al reo la scelta della via ordinaria o dell'indulto, s'egli accetti questo, gli sorge contro un titolo irrecusabile, onde astringerlo a pagare i danni-interessi che il reato amnistiato ha prodotti. Nè la sorte della parte civile si fa peggiore; perchè nel penale ei non agiva che pei danni-interessi, e pei danni-interessi agisce ne' tribunali civili. Se non che innanzi a questi ei si presenta allora con titolo guadagnato, e non più ricusabile dal reo: la quistione che rimane è solo della quantità e della qualità del danno: ma che vi sia reato da cui nasce un danno, è cosa giudicata. E come è un giudicato di giudici penali, così le sue conseguenze son sempre accompagnate da coazion personale 1).

13. Dal che deriva che quando per la dichiarazione che fa il reo, di desistere dal far uso della scrittura falsa il giudice penale ha dichiarato: *non vi sarà più luogo a procedimento penale*, ciò non indica altro, se non di essere stato il giudizio ben instituito, e di essere falsa la carta, ma di non esserne il reo soggetto a pena, per effetto della sua desistenza e per benignità di legge. Egli però ha accettato le conseguenze civili derivanti dalla falsità della carta le quali diventano le istesse che sarebbero state quelle della condanna. Il querelante porterà allora, ugualmente che nel caso d' un' amnistia, innanzi a' tribunali civili la sua azione dei danni-interessi, da esigerli sempre con coazion personale. Tra questi danni entrano pur quelli che si soffriron per l'uso già fatto. La sola azione che si perime, è la penale, o sia quella che non riguarda i privati: ma i dritti di costoro n' escono sempre migliorati, perchè la perenzione dell' azione pubblica nacque dalla volontà e dal pentimento del reo. E forse in caso di danno già fatto non sarebbe illegale l'esigere una cauzione a' termini dell'art. 118 pr. pen., come condizione senza la quale non si perime l'azion penale 2). Ma ciò non è detto espressamente dalla legge. Vi è detto bensì, che la parte-civile tornata nel giudizio civile, può sperimentarvi i suoi dritti con la coazion personale, non altrimenti che per ogni altro caso che deriva da azione *ex delicto*.

14. Ma questo beneficio (si dice in terzo luogo) potrebbe ben essere impunemente dispregiato da alcuno, che fabbricasse una carta falsa per amore, per odio, per un capriccio, senza trarne per sè alcun emolumento. Di fatti alla gran-corte criminale di Napoli nel 1821 si presentò il caso seguente. Morta una dama con tre figlie naturali di tenerissima età, si trovò tra le sue carte un testamento olografo di lei, col quale ella le riconosceva, e nominava sue sole eredi. L'atto fu attaccato di falso da congiunti che avevano interesse di farla comparir morta senza figlie naturali riconosciute, ed intestata; e costoro riunirono molte pruove per dimostrare che un amico della defunta avea foggiato il testamento. Questo era evidentemente una scrittura privata 3). L'imputato che non trovava alcun vantaggio pecuniario da questo testamento, doveva esser egli interpellato a dichiarare se volesse o no farne uso?

15. Si diceva da chi sosteneva la negativa: costui non trarrebbe alcun profitto del testamento, se il testamento fosse vero: la testatrice non gli lascia alcuna parte della sua credità. Non da lui nè per lui si può far uso del testamento. Egli lo ha foggiato per passione più malvagia, che non è l' avidità del danaro. È vano dunque interrogarlo: egli risponderà di non volerne far uso, e deriderà la giustizia.

16. Si dicea dall'altra parte: la legge, non fa questa distinzione. S'egli risponde

1) Art. 1, 3, 4, 5, pr. pen. — Art. 48 ll. pen.

2) Ne abbiamo un esempio nella causa di *Niccola Parisi* e *Michele Cicelli*, i quali rinunziarono, fra gli otto giorni dopo la querela di falso, alle cambiali delle quali avevano fatto uso, sottoponendosi ad una cauzione di duc. 2000. Arresto del 20 marzo 1839, Celentano comm., Letizia m. p., Agostino Santamaria avv. Di questa causa ragioneremo più ampiamente nelle *note* appresso.

3) Arresto del dì 23 di gennaio 1824 nella causa di *Niccola Pucciarelli*, Mastelloni comm., Corpi m. p., Nic. Nicolini avv. del ricorrente.

(a) *Anche pel novello codice civile l'arresto personale sarà ordinato : 1° Contro il debitore per l'adempimento di obbligazioni che derivino da violenza, da dolo o da spoglio, ancorchè il fatto non costituisca un reato (art. 2094).*

di non voler far uso di quella carta, sia capriccio, sia amore per quelle fanciulle, che glie l'abbia fatta foggiare, qual gran male viene alla società ch'ei rimanga impunito? La dichiarazione che rigetta dal processo la carta attaccata di falso nell'interesse di costui, benchè non nuoccia ad esse, è sempre un primo passo a favore de'congiunti. Le parti interessate al rigettamento di quella carta anche nel civile, agiranno ne'tribunali civili accusandola di falso incidente; ed allora se non si trova altro reo che costui, sarà trattata la causa come ogni altra causa di falso, del quale, o per prescrizione, o per amnistia o per morte non può menarsi il fabbro al giudizio penale: nè sarà disdetta contro di lui l'azione di responsabilità civile nascente *ex maleficio*. E questa sentenza a me sembra la vera 1).

17. La qual discussione si riduce al principio, che niuno dee riputarsi più saggio del legislatore. Quando egli ha fissato una regola generale per tutti i casi, noi non possiamo attenuarla, e farla valere in alcuni, e permetterla in altri. I vostri arresti sono uniformi in sostenerne la universalità, e nel tempo stesso in notare d' illegalità ogni sottile distinzione 2).

1) L' abbismo spiegata nells nostra *Proc. pen.* parte 2, § 945.

2) Il caso più forte che siasi presentato in corte suprema, è quello della causa sopra mentovsta di *Parisi* e *Cicella*, trsttata nel dì 20 marzo 1839. Quei due avevano fatto uso delle false cambiali. Attaccate queste innanzi al tribunal di commercio rinviò le parti innanzi al tribunal civile di Capitanata. I due si difesero nel giudizio incidente, sostenendo vere le cambiali Queste però vennero scoperte false, e rigettate dal processo. Appello. La gran-corte civile di Nspoli rigettò l'sppello, ed ordinò che il presidente del tribunal civile di Capitanata, adempiendo le funzioni di ufiziale di polizia giudiziaria a termini dell' art. 334 pr. civ., spedisse mandato di accompagnamento contro i rei, e gl'inviasse alla gran-corte criminale. Ciò fu eseguito. Ma nella gran-corte criminale quell'egregio proc. gen. Gius. Sabatini dimsndò l'adempimento degli art. 446 e 447 pr. pen. La grsn-corte lo credette inutile, come credette inutili le preteste degl' imputati, i quali nel loro interrogatorio dichiararono di non voler far più uso delle cambiali. Ella così procedette innanzi al giudizio, e motivò la sua decisione, rilevando, che slla interpellazione civile si ers già da essi dichiarato di voler fsr uso delle cambisli, e che le avevsno poi più che pertinacemente sostenute. La corte suprema però annullò questa decisione, elevando le seguenti quistioni:

« I. Nel giudizio di falso principale in privata scrittnrs la preliminare citazione dell' imputato a dichiarare, se intenda farne uso, o voglia desistere dal farne uso, è di sì assoluta ed essenzialo necessità, che non si possa mai senza di essa dar principio al precedimento penale? »

« II. Laddove nel civile giudizio di falso incidonte si trovi fatta nna tal dichiarazione per l'affermativa dell' uso, sarà essa di ostacolo a quells da farsi preliminsrmente nel giudizio penale; e potrà la medesima esser rivocata con la negativa dell'uso stesso? »

« *Sulla prima:* »

« Considerandu, che al giudizio penale di falsità in privata scrittura fu dal legislatore assegnato un rito particolare, sia nel suo incominciamento, sis nel suo proseguo, diversissimo da quello per gli sltri giudizii pensli ordinarii; e che questo rito trevasi fissato negli articoli 446 e 447, scritti sotto il titolo 2 del ibro III della pr. pen., che porta per epigrafe distintiva: *di alcune procedure particolari.* »

« Considerando, che per virtù di detti due articoli il primo atto del suddivisato giudizio è riposto nella necessaria, assolnta, ed indispensabile citazione dell' imputato a dichiare fra otto giorni, *se intenda far uso*, o *se voglia desistere da far uso del documento* arguito di falso; e che questa prescrizion della legge è statuita imperativamente: »

« Considerando, che la legge stessa in detto art. 447, snbito che siesi fatta la ordinata dichiarazione, o affermativa o negstiva, la dichiara irrevocabile, tanto nel giudizio criminale, quanto nel giudizio civile: »

« Considerando, che la stessa legge nell'art. stesso msrca con precisione gli effetti diversi da lei attribuiti alla dichiarszione suddetta, così affermativa, come negativa: poichè alla dichiarazione affermativa dell'uso attribuisce l'effetto della continuazione del procedimento penale; od alla dichiarazione negativa dell'uso stesso attribuisce il doppio effetto del rigettamento del documento dal processo, e di non dsrsi più luogo a penale procedimento: »

« Considerando, che se la legge ba riposto nella qualità di detta dichiarazione la facoltà di aprire o non aprire il precedimento penale snl giudizio di falsità in privata scrittura, segue per logica legale, che l' atto preliminare della snmmentovata dichiaraziono nel giudizio di falsità in privata scrittura, sia essenziale, assoluto, indispensabile, per comando espresso di legge. »

« *Sulla seconda*: »

« Considerando, che il giudizio di fslso incidente civile non ha niente di comune col qiudizio di falso principale, nè per l'oggetto, nè per le persone, nè pel tribnnale giudicante, nè per la legge regolatrice dell'uno e dell' altro giudizio, nè pe' risultamenti dell'uno o dell'altro precedimento: »

« Che nel rapporto dell' oggetto, l' oggetto del falso incidente si è la salvezza del civile interesse (art. 312, 336, 337 pr. civ.); mentre l'oggetto del falso principale si è la punizione del colpevole con

18. Se non che questa dichiarazione di non voler far uso, o di desistere dal far uso della carta falsa, dee farsi al cominciamento del giudizio penale, e fra otto giorni dalla interpellazione. *Se la parte o non risponda fra otto giorni, o dichiari che intenda servirsi del documento, la instruzione sulla falsità sarà proseguita; nè la dichiarazione successiva dell'imputato di non più volersene servire, produrrà alcun effetto* (Art. 447). Or il ricorrente dichiarò solennemente al principio del giudizio penale di voler continuare a servirsi della carta attaccata di falso. Dunque qualunque sua dichiarazione contraria posteriore non può produrre alcun effetto. Di fatti egli è stato dichiarato falsario, e condannato alla pena di sei anni di reclusione.

19. Ma egli in vista delle nuove accumulate sopra il suo capo, innanzi che si pronunziasse tal decisione definitiva sul falso, venne a ritrattarsi. Da ciò ei crede poter sostenere, che non avrebbe meritato che una pena correzionale, a' termini dell' art. 193 delle ll. penali; ed invoca in soccorso due vostri arresti nella causa di *Catiello Davide*, il primo del 21 settembre 1831, il secondo del 19 giugno 1833, oltre un altro del 12 luglio dello stesso anno 1833 nella causa di *Antonio Vascello*. I quali esempii non mi muovono ad altro, che ad essere più diligente e minuto nella investigazione del vero, il quale io, con molti di voi, ho creduto sempre risedere nell'opposta sentenza.

20. Il tit. IV del lib. II delle nostre ll. pen. è *de' reati contro l'amministrazione della giustizia:* il cap. III. di questo tit. è *della calunnia* e *della falsa testimonianza.* In questo cap. sono scritte le disposizioni relative a' falsi testimoni, ed a' falsi documenti che si presentano in giudizio: l' art. 187 dice così: *chiunque in causa civile o penale instruisca o produca scientemente false carte, sarà punito come autore delle stesse.* Or tale è la giusta severità di quest'art., che di chi produce una carta falsa in giudizio non si permette di attenuar mai la pena per motivo ch' egli sia piuttosto complice della falsità, che autor principale, nè perchè

una delle pene sanzionate da' corrispondenti articoli delle leggi penali: »

« Che nel rapporto delle persone, gli attori principali nel giudizio di falso incidente civile sono il privato attore ed il convenuto; mentre nel giudizio di falso principale sono l'accusator pubblico e l'imputato: »

« Che nel rapporto del tribunale che giudica, il tribunal civile è competente a giudicare del falso incidente civile; mentre la gran-corte criminale è competente a giudicare del falso principale: »

« Che nel rapporto della legge regolatrice dell'uno e dell' altro procedimento, le leggi di proc. civ. regolano il giudizio di falso incidente civile; mentre le leggi della procedura penale regolano il giudizio di falso principale con una particolar procedura: »

« Che nel rapporto del risultamento del doppio giudizio, quello del falso incidente dà per prodotto il rigetto del documento, e la indennizzazione dei danni ed interessi, mentre quello del falso principale dà per prodotto la sofferenza di una pena corporale per anni, oltre alla indennizzazione dei danni ed interessi: e che quantunque nell'uno e nell'altro procedimento civile e penale, si richiegga la citazion preliminare del reo convenuto e dell' imputato a dichiarare se voglia usare del documento arguito di falso, nondimeno la legge dichiara irrevocabile, tanto nel giudizio penale, quanto nel giudizio civile, la dichiarazione fatta nel penale giudizio; mentre non dichiara irrevocabile nel doppio giudizio la dichiarazione fatta nel civile: lo che importa che la dichiarazione fatta nel giudizio civile può esser nel penale giudizio rivocata: anzi la legge con aver prescritto, che la dichiarazione da farsi nel giudizio penale risguardi non solo la volontà di usar della carta arguita di falso, ma anche la volontà *di desistere dal farne uso*, considerò l' uso già iniziato ed inoltrato nel giudizio civile, da cui si desista nel penale giudizio. La ragione di queste due diverse disposizioni legislative sorge da che la vera sede del giudizio penale di falsità sta presso la gran-corte criminale, non già presso il tribunale civile, e da che la legge in una materia privata vuol mostrare la sua benignità in ricondurre con tranquillità e senza dispendio delle parti la cosa all'ordine, per evitare un procedimento difficoltoso e dispendioso alle parti. E ciò è così vero ch'ella nel giudizio penale di falso in privata scrittura giugne a modificare finanche l'azion pubblica impedendo all' accusator pubblico di spingere i suoi passi sino a che il privato non abbia dichiarato la sua volontà o volontà di usar più della carta arguita di falso. A buon conto la legge in questo caso vuol preferire il pentimento volontario dell'imputato alla di lui punizione: »

« Considerando, che dalle premesse legali teorie sorge spontanea la conseguenza legalissima, che la dichiarazione fatta per l'affermativa nel giudizio civile di falso incidente non è di ostacolo alla dichiarazione la quale può farsi per la negativa nel giudizio penale di falso principale in privata scrittura: »

« Per questi motivi ».

« Annulla, ec. — Celentano comm., Letizia m. p.

egli ne abbia fatto semplicemente uso, non essendone autore nè complice. In qualunque caso ei si trovi, è colpito sempre da tutta intera la pena dell' autor del falso. La santità de' giudizii violata da chi v' instruisce o produce scientemente una carta falsa, ne fa un reato particolare e di per se stesso, che consiste appunto *nella produzione del documento falso*, della quale colui è sempre autor principale, e la cui pena è la stessa dell'autor principale del falso.

21. Diventata così la produzione di false carte un reato che prende qualità dalla stessa amministrazione della giustizia cui si attenta contaminare e corrompere, il legislatore non obblia il principio dell' art. 73 relativo al pentimento. Egli desidera almeno che il reo si ritratti prima del giudizio, onde la giustizia non rimanga lungamente incerta tra le apparenze e la realità della carta 1), e trionfi più facilmente. Quindi l' art. 193: *il falso testimone, egualmente che la persona che ha formato o scientemente prodotto una carta falsa, se si ritratti prima della decisione o sentenza, sarà punito col primo a secondo grado di prigionia, quante volte per la falsità sarebbe stato punito di pena criminale*. In qual tempo adunque, e nella sede di qual giudizio dovrà farsi una tale ritrattazione, perchè il produttore della carta falsa, invece della rilegazione o de' ferri, come autore di essa, possa esser punito di un mese a due anni di prigionia?

22. Due giudizii vengono supposti dagli art. 187 a 195 ll. pen., e l'esistenza di essi forma una delle condizioni necessarie della sua ipotesi; l' uno per cui si instruisce ed in cui si produce la carta falsa, il quale può essere o civile o penale; l' altro ov'è giudicata criminalmente la produzione del falso in quel primo giudizio avvenuta. Or dobbiamo rimaner fermi nell' idea che quella ritrattazione dell' art. 193 dee avvenire nel primo, o sia nel corso del giudizio pel quale si è instruita la falsità, e nel quale la carta falsa si è prodotta. Il secondo giudizio, celebrato unicamente per pronunziar la condanna del già produttore del falso, non è la sede di un'utile ritrattazione per lui.

23. Quando adunque l' instruttore o il produttore della carta falsa fa trascorrere il primo giudizio senza mai pentirsi, nè ritrattarsi, ed è poi querelato formalmente di falso innanzi a' giudici penali, l' art. 193 non trova più verificata la sua condizione, nè più diventa applicabile. Nel primo giudizio la carta non è che un documento per sostenere un' azione, o un eccezione; nel secondo è il *corpo del delitto*: nel primo chi la produce è parte attrice, perchè o è lo stesso attore originario, o è il reo che *in excipiendo fit actor*; nel secondo chi la mette innanzi a lui è il ministero pubblico, qual attore esclusivo ne' giudizii penali, ed il produttore vi diventa accusato: nel primo la ritrattazione ha necessariamente a fronte colui contro il quale la carta fu prodotta; nel secondo può averlo a fronte, e non averlo, non essendovi parti necessarie che l'accusator pubblico e l'accusato: nel primo finalmente la ritrattazione cangia la sorte giudiziaria del producente col suo avversario, perchè l' oggetto del giudizio è il valor della carta se fosse vera; nel secondo si mira principalmente alla pena che si deve al produttore, s'ella è dichiarata falsa.

24. E passando agli esempii, cominciamo dal caso in cui il primo giudizio sia stato civile. — Chi in questo produca una falsa testimonianza, oppure una carta falsa in figura di scrittura autentica e vera, se poi si ritratti prima della decisione, non si scioglie dal reato, ma gode del raddolcimento di pena ch'è stanziato dall' art. 193. Esso riguarda sì le scritture private che le pubbliche; ma con diverso fato. Relativamente alle pubbliche, se in questo primo giudizio, dietro interpellazione, o senza interpellazione, ei dichiari non voler fare più uso della carta instruita unicamente per quella causa, non può negarglisi la minorazione della pena. Ed io fo uso delle parole, *instruita unicamente per quella causa*, perchè l' art. 187 parla in generale d' instruzione e di produzione, e così comprende tanto il fabbro, che il produttor sciente del falso 2). Per lo che il notaio ed i testimoni, e qua-

1) *Quod in prima figura sine omni vituperatione appareat.* L. 3, C VI, 33, *De edicto divi Hadriani tollendo.*

2) È il caso di chi si confessa reo a tempo per

lunque autore o complice anche estraneo, se preso da pentimento si ritratti con atto pubblico prima della sentenza o decisione di quel primo giudizio, non può essere escluso dalla benignità della legge.

25. In quanto poi alle scritture private, il reo che si ritratti prima nel giudizio civile, sì che la carta ne sia stata rigettata, non ha bisogno del favore dell' art. 193, perchè non può essere menato innanzi a' giudici penali; e s' egli vi fosse mai querelato, col solo dire di non voler far uso della carta, ei rimarrebbe per l' art. 447 pr. pen. impunito 1). Ma s'egli ostinato già nel giudizio civile, perseveri poi *in eadem temeritate facinoris* anche nel termine datogli nel penale, e quindi, prima che si pronunzii la sua condanna, ei si penta e si ritratti, non gli spetta l' impunità dell' art. 447, perchè questa dichiarazion tardiva non può produrre alcun effetto: nè gli spetta il raddolcimento dell'art. 193, perchè la sua ritrattazione non è nella sede della causa per la quale la carta fu prodotta.

26. Più sensibile è l' esempio che può avvenire quando il primo giudizio è stato giudizio penale. S' immagini in prima una carta falsa o una falsa testimonianza nelle quali il producente della carta o il testimone abbiano perseverato fino alla condanna temporanea o capitale di colui contro il quale le falsità sono state dirette: e s' immagini che scoperta la falsità, essi siano menati al giudizio di falso, nel quale restino così convinti, che confessino il falso e si ritrattino. Non sarebbe follia il crederli per ciò sì scusabili, da meritare una semplice prigionia? Essi debbono soggiacere alla stessa pena cui fu condannato l' accusato 2).

27. Nè vale in questo caso, che la carta sia stata privata: imperocchè non potendo una carta qualunque esser vagliata ne' giudizii penali senza la dichiarazione presente di chi la produce, la falsità in carta privata sarebbe stata accompagnata sempre dalla falsa dichiarazione giudiziaria, e l' art. 447 riguarda le sole carte private, o sia quelle vergate nel privato scrittoio, non le dichiarazioni giudiziarie 3). Che se la falsità si scuopre innanzi alla decisione della prima causa, o sia di quella dell' imputato contro il quale ella sia stata foggiata, due soli casi posson intervenire. Il primo è che il falsario in quel giudizio si ritratti, ed egli allora menato al giudizio suo proprio, godrà del temperamento benigno dell' art. 193: il secondo è che non siasi ritrattato in quel giudizio primo, ed allora perde ogni benefizio. Nè mai, se nel primo giudizio egli sia stato pertinace nel falso di privata scrittura, ancorchè i giudici abbiano negato fede a' suoi detti, rigettando la carta, ei dev' essere interrogato nel giudizio di accusa contro di lui, se voglia ancora farne uso o desistere di farne uso: ciò si fa per lo più, quando il primo giudizio è civile; perchè ne' giudizii civili la instruzione o produzione della carta falsa non si cangia quasi mai in deposizione giuridica: ma ne' penali il producente è sempre giuridicamente interrogato: egli non è reo solamente della falsità della carta, ma della falsa dichiarazione con cui produce o sostiene la carta falsa. Per lo che anche nel civile, se avvien mai che ammessa una pruova testimoniale, un testimonio approvi una carta falsa già prodotta, o ella venga confermata con un giuramento decisorio, vana è nel penale la interpellazione dell' uso.

27. Perdonatemi s' io mi diffondo in sì minuti particolari: si tratta di disposizioni delle quali il nostro augusto legislatore ha dato il primo il modello: non possiamo prendervi dagli altri codici consiglio: la stessa varietà della nostra giurisprudenza m' impone l' obbligo di guardarne

riparare al mal fallo, o impedire che il male che si preparò, succoda. *Inficiantes et contradicentes magis castigamus: verum adversus confitentes, placabiliores sumus.* Così ARISTOTILE, *Rhetoric.* lib. 2, cap. 3, esprime quel senso umano di cui ragionammo al principio (§ 1 e 4 in fin.). Quindi non impunità, ma minorazione di pena.

1) È il caso di cui parla SENECA, *Agam.* v. 242.
Sera nunquam est ad bonos mores via:
Quem poenitet peccasse, paene est innocens.

2) Art. 188 ll. pen.

3) Erra dunque un accusator pubblico o un querelante il quale in questo caso è contento di accusare o querelare alcuno di falsità. Egli dee accusarlo o querelarlo con le espressioni stesse delle quali fa uso l'art. 187, *instruzione* o *produzione* è il reato principale. Se poi sia falsità di testimoni, o di scrittura pubblica o privata, ecco la qualità che determina l'ulteriore titolo del reato, e la pena.

le quistioni da tutti gli aspetti. *Retractatio erroris* presso **Modestino** 1), *est reprobare, revocare*, cioè a dire *pentirsi* e non solo *ravvedersi*, ma *disdirsi formalmente, dir contro a quello che si era già detto*. Nè altro senso ha la voce *ritrattazione* nell' art. 193. Essendo questa utilissima al dritto altrui calunniato dal falsario nel giudizio ove la carta è prodotta, è utile il torgli ogni ostacolo che potrebbe derivare da una punizione che ciecamente indistinta, colpisca tanto chi si ritratti, quanto chi perseveri nella prava volontà di nuocere altrui. Che s' egli vi ha perseverato nel giudizio ove la carta fu prodotta, e poi menato al giudizio penale, si dica reo, e protesti pentirsi all' aspetto di pruove *in unum conspirantes, concordantesque rei finem, ut vix etiam ipse ea quae commiserit negare sufficiat* 2), la sua confessione non è più la ritrattazione fatta per l' utilità ch' ebbe in mira la legge: è una pruova di più per farlo condannare. **Pedio** prima, e poi **Ulpiano** ammisero il trasportare le disposizioni di legge da un caso all' altro, ma quando *tendunt ad eandem utilitatem* 3). Qui manca il fine dell' utilità ch' ebbe in mira l' art. 193. Dunque in questo caso l'art. non vi è applicabile.

29. Dal che deriva, che confondere l'art. 193 ll. pen., con gli art. 446 e 447 pr. pen., e chiamar quello come ausiliatore ed appendice di questi, è turbare e sconvolgere la ragione e la filosofia della legge. Questi tre art. prendono tutti capo dall'art. 73 relativo agli effetti del pentimento; ma contemplano due diversi casi, richieggono in ciascun d' essi condizioni diverse, e lor danno un esito anche diverso, quanto l'è per l'uno la minorazione della pena, e per gli altri due l'impunità assoluta. Quindi diverse anche le norme di procedura. Nel giudizio di falso principale in privata scrittura, si esige la formale interpellazione, e questa si esige all'apertura del giudizio: mentre nella instruzione o produzione d' una carta falsa, qual documento di causa civile o penale, la ritrattazione può farsi in ogni stadio di quel giudizio, anche senza interpellazione, anche senza che alcuno siasi ancora avveduto del falso, purchè si faccia prima della sentenza o della decisione terminativa del giudizio medesimo. Il presidio che si dà al reo in questo caso, nasce dalla rinunzia spontanea alla causa, prima ch'ei sia trasportato al giudizio penale, qual instruttore o produttore del falso: il presidio nell'altro è più ampio, benchè dipenda ugualmente dallo spontaneo ravvedimento in vista del pericolo, pria però che si dia cominciamento alla pruova, anzi pria che si apra l' adito a qualunque atto di procedimento criminale. Ma sarebbe contrario alla pubblica morale, non che al fine della legge l' aspettare la ritrattazione del reo fino a tanto che dalle pruove raccolte nel giudizio penale egli vegga, che non ha più porto di salute nè scampo 4).

—

1) L. 8, D. L., 8, *De administr. rerum ad civit. pertinentium.*

2) L. 16, C. IX, 47, *De poenis.*

3) L. 13, D. I, 3, *De legibus.*

4) Tutti questi principii si leggono sviluppati in più arresti della corte suprema dal 1834 fino ad oggi. Ne scegliamo uno, pel quale il caso che si presentò alla corte suprema fu il seguente. — Un querelato di falso in privata scrittura, interpellato al cominciamento d' un giudizio penale se volesse desistere dal far uso della carta falsa, rispose affermativamente. Si aprì l'instruzione contro di lui. Nel corso di questa egli si ritrattò. La gran-corte criminale non lo credette più reo, che a' termini dell'art. 193, il quale dichiara correzionale la causa. Ella dunque si dichiarò incompetente, e rinviò l'affare al giudice regio. Questi con più saggio consiglio credette inapplicabile l'art. 193, e alla sua volta si dichiarò incompetente. Quindi un conflitto negativo, cui la corte suprema risolvette come segue:

« Considerando che il giudizio di falso è regolato da particolari norme di procedura: che tra le altre vi è quella, contenuta negli art. 446 e 447, cioè che l'imputato di falso in privata scrittura dee esser citato a dichiarare, se intenda fare uso, o se voglia desistere dal fare uso del documento; e che ove dichiari di volersene servire, la successiva dichiarazione in contrario *non produce effetto alcuno:*

« Considerando che l' art. 193 ll. pp. che dall'anzidetta gran-corte credesi alla specie applicabile, trovasi sotto il cap. *della calunnia e della falsa testimonianza;* e che le leggi di procedura penale non danno per tali giudizii forme particolari: »

« Che siffatti reati possono commettersi con instruzione e produzione sciente di false carte (art. 187 ll. pen.): »

« Che il sapiente legislatore ha voluto, per tali reati, aprire un adito al pentimento; e che quindi, ove l' imputato si ritratti prima della decisione o sentenza, vien punito con pene più lievi (citato art. 193): »

30. Per le quali cose io conchiudo, che siccome il ricorrente, querelato di falsità in privata scrittura da lui prodotta in un giudizio civile, dichiarò nel cominciamento del giudizio criminale, di volerne continuare a far uso, così il procedimento penale contro di lui fu ben instituito; che siccome compiuta l'instruzion criminale di falso, la sua tarda ritrattazione nel costituto non può produrre a favor suo alcun effetto, così molto meno può produr l'effetto dell'art. 193 ll. penali; e che siccome per queste ragioni ei ben poteva esser sottoposto all'accusa ad onta del suo constituto, e legalmente è stato menato alla pubblica discussione, e convinto di falso, e condannato alla reclusione, così il ricorso debba esserne rigettato 1).

—

XI E SEGG.

Continuazione delle quistioni relative alla terza classe de' reati di sangue.

AVVERTIMENTO

Per compiere la esposizione delle nostre leggi intorno alla terza classe de' reati di sangue, non rimarrebbe che il nono grado di essa, cioè il trattato degli omicidii premeditati (V. le avvertenze preliminari a' nn. XXIV e segg. § 11, pag. 288 e le ultime linee della pag. 467.) *Ma in atto che queste cose davamo a stampa, si è discussa in corte suprema una quistione intorno agli omicidii volontarii, la quale può formare il compimento di ciò che dell'ottavo grado abbiam detto ne'nn.* XXXIV, XXXV, XXXVI e XXXVII, *dalla pag.* 461 *alla pag.* 467. *Prima dunque di passare al nono grado, non crediamo inopportuno il pubblicare le nostre conclusioni intorno a questa quistione, le quali saranno come il punto di passaggio dagli omicidii semplicemente volontarii al trattato degli omicidii premeditati.*

—

« Considerando che i reati di falsità ordinaria, constituiscono materia di diversa procedura e di differenti sansioni penali, da' reati di produzione di false carte e di falsa testimonianza, è che per conseguente, l' applicare ne' giudizii di falso ordinario le disposizioni particolari a quelli di produzione di false carte e di falsa testimonianza, è lo stesso che sconvolgere e confondere i principii regolatori di due materie per sè distinte: »

« Considerando che questa dimostrazione giunge all'evidenza, ove si ponga mente alla contraddizione che risulterebbe tra' cennati art. 193 e 447 nella ipotesi che i principii del primo fossero applicabili alla materia ordinaria del falso: »

« Che in vero l'art. 446 pr. pen. impone che l'imputato di falso sia citato a dichiarare se voglia servirsi del documento impugnato: »

« Che nel giudizio di produzione di false carte e di falsa testimonianza, niun obbligo s'impone di citar gl'imputati a ciò dichiarare: »

« Che avvenuta nel giudizio di falso una dichiarazione affermativa nel termine improrogabile accordato dalla legge, le successive dichiarazioni *non producono effetto alcuno* (art. 447 cit. leggi): »

« Che in quello di produzione di false carte in qualche giudizio, e di falsa testimonianza, siccome non v'è obbligo a dichiarare, così la ritrattazione, tutta volontaria, è produttiva di effetti fino alla decisione o sentenza nel giudizio ove si è osato di calunniare o falsamente testimoniare (cit.art.193):»

« Considerando che in tali contraddizioni si urterebbe confondendo le sansioni di due sì distinte materie: »

« Che al contrario, limitate le anzidette disposizioni nella propria sede della materia a cui dal legislatore sono destinate, svanisce la contraddizione, e tutto rientra in quell'armonia di principii che forma la base di ogni savia legislazione: »

« Considerando che la conseguenza degli esposti principii si è, di dovere nella specie procedere la suddetta gran-corte criminale, e non il giudice correzionale: »

« Per tali motivi, sciogliendo in linea di regolamento di giudici il conflitto giurisdizionale negativo: »

« ORDINA che nella causa di cui si tratta proceda l'anzidetta gran-corte criminale. »

Arresto del 18 gennaio 1837, nella causa di *Matteo de Sio*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

1) Così è stato deciso. — Da indi in poi in tutte le cause simili si sono adottati i principii medesimi; *et hoc iure utimur.* — Nel dì 7 dicembre 1835 fu rigettato il ricorso di un falso testimone in causa criminale, il quale si ritrattò quando fu menato in giudizio penale come reo di falso. Arresto nella causa di *Franco Falcone*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p., EUG. RAFAELLI avv. officioso del ricorrente. — Nel dì 18 dicembre dello stesso anno 1835 fu rigettato il ricorso in una causa che presentò il caso stesso di questa causa di *Polimonte*. Arresto nella causa di *Mario Cufari*, DE LUCA comm., NICOLINI m. p., NIC. DE GIOVANNI avv. del ricorrente—Compie la giurisprudensa l'arresto del 18 genn. 1837 trascritto nella nota precedente.

—

XI.

Degli omicidii volontarii ne' quali non sia conosciuta alcuna esterna cagione eccitatrice della volontà — *Art. 355. ll. pen.*

SOMMARIO

I. Fatti su' quali è fondata nella causa di cui trattiamo la dichiarazione di omicidio volontario, benchè nella sua motivazione non si esprima alcuna cagione esterna eccitatrice o determinatrice della volontà del reo, § 1 a 4. — Esclusione della demenza e del furore, consentita non solo, ma sostenuta dal reo, § 5. — Esclusione della premeditazione, § 6. — Stato della quistione, § 7 ed 8.

II. I motivi esterni sono più l'occasione che la causa d'un reato volontario: la causa vera è sempre nella malvagità dell'agente, § 9.

III. Quando il fatto nasce da determinazione della volontà, tanto è più imputabile, quanto è minore lo stimolo d'un esterno motivo. — Pellegrino Rossi, Puffendorff, Filangieri. — Legge de' 20 maggio 1808 che chiama brutali questi omicidii e li punisce di morte, § 10.

IV. Leggi nuove. — Esse benignamente ritengono questi omicidii nella classe de' volontarii *ex impetu*, o deliberati *ex improviso*, quando non son premeditati, § 11. — Ragione di ciò sostenuta dal Carmignani, § 13.

V. Il motivo esterno dev'essere provato, sol quando esso aggravi o scusi l'omicidio, § 13.

VI. Applicazione della teoria alla causa. — Se questo ricorrente è stato condannato all'estremo supplizio, lo è stato, non per la natura del fatto, ma pel vincolo religioso e legale con l'uccisa: senza di questo sarebbe stato punito di pena temporanea, § 14.

VII. Tutta la quistione in corte suprema si riduce a conoscere, se la determinazione instantanea di uccidere, benchè non eccitata da esterne cagioni, sia abbastanza motivata, § 15.

VIII. Ella l'è pienamente, § 16 e 17.

IX. Conchiusione, § 18.

1. Signori 1), una donzella napolitana, di non ricca, ma non umile condizione, orbata del padre fin da'primi anni suoi, e non per tanto educata da madre virtuosa alle regole della più severa e religiosa morale, specchio tale di candore e d'ogni gentil costume, che non giova rammentarne la leggiadria delle forme, se non in quanto l'onestà sen fregiava, fu richiesta in isposa da un giovine proprietario del Sannio Irpino. Ottenuto il consentimento paterno, ei la impalmò nella sera del dì 28 gennaio 1837. Auspicii infausti accompagnarono al talamo la male avventurosa: parve più una cerimonia funerea, che nuziale. Non appresto festivo, non doni, non corteggio onorevole di congiunti e di amici: una fosca tristezza, strana per capricciosi fastidii, occupava lo sposo: la quale da più settimane in lui crescendo più tetra, facea tal contrasto col desiderio d'un nodo in cui gli amanti soglion riporre ogni bene, che trasse un dì dal cuore detta sospirosa fanciulla le ingenue parole: *perchè sempre mesto? sei pentito forse del passo che sei per dare? è tempo ancora: puoi ben discioglierti dell'impegno contratto.*

2. Ma non potette la misera distornare il suo fato. Dal momento stesso in cui appiè dell' altare ei le promise, qual le avrebbe dovuta, fede, protezione e difesa, nè speranza di adempimento, nè alcuna luce di gioia lampeggiò mai dal suo oscuro sembiante: raro il parlare, e sempre rotto e iracondo: *mi ho messo un ferro al piede per mantenere la mia parola: ho perduto il sonno e la pace;* e la gran-corte estima queste parole, come un'allusione alle difficoltà che opponeva il matrimonio alla continuazione d'una vita libertina, troppo certificata dalle turpi malattie ch'egli ne avea contratte. Queste furon seguite da infermità nervosa, la quale mostrandosi, come suole, a scoppii improvvisi e repugnanti fra loro, accrescea non solo la stranezza abituale e l'inuguaglianza del suo carattere, ma rendea perpetua e funesta la sua divorante atrabile. Quindi modi e tratti incivili o violenti, nè da alcuna esterna cagione eccitati. Smanioso traeva insonni le notti: ora rigettava irritato le carezze pudiche della moglie, or la minacciava di lacerarle ogni veste: un testimone assicura, che ver lei, e ver la madre di lei, egli avea *volto di tiranno*,

1) Conclusioni nella causa di *Felice de Antonellis*, all' udienza della corte suprema del dì 19 giugno 1839, Celentano comm., Nicolini m. p., Barone G. Poerio, Carmine Modestino, Gaetano Trevisani avvocati del ricorrente.

senza salutare nè guardare alcuno. Così trascorse poco più d'una settimana, quand'egli annunziò bruscamente di dover con lei recarsi subito in patria per comando del padre: perfida menzogna; chè in quel giorno appunto in cui strappava dal presidio materno una giovinetta, nuova a viaggi, di cui buona parte fra montagne e fra nevi far doveasi a cavallo, in quel giorno medesimo giungevano qui, alla sua casa di Napoli, spediti dal suo genitore, moltissimi generi onde fornirne per lungo tempo la dispensa.

3. Arrivano i nuovi coniugi in patria nel dì 12 di febbraio; ma le disposizioni dell'animo di lui non migliorarono. Nel dì 13, chiuso in camera, si sottrasse, il più che potette, al consorzio d'ognuno. Nella mattina del dì 14 gli caddero sotto gli occhi, e tutta l'attenzione del suo animo attrassero due pistole nella camera del fratello: le maneggiò, ne ammirò la bella costruttura, vide ch'erano cariche. Venne l'ora del pranzo. Egli vi si assise, e per la prima volta fu lieto. Fors' era *la gioia crudele del delitto*, di cui favellò uno dei più illustri viventi scrittori d'Italia 1).

4. Quadrilatera la mensa, riceveva da un lato il fratello della sposa, il quale nel viaggio accompagnata l'aveva, ed alla sua destra la sposa medesima. Schiuso stava alle spalle di lei l'uscio della camera ove lo sposo avea già vedute e trattate le pistole. Il lato della tavola che continuava a destra, era occupato prima dallo sposo stesso, poi dalla madre: la cognata, il fratello, il padre, il nipote sedevano agli altri due lati. Dietro a lui si apria l'uscita ad una loggia. Rigido il verno, nevosa la giornata, rendea poco grato l'andar fuori per quest'adito. Ma egli, mentre le vivande non erano ancor tutte rimosse, si alza improvviso, ed andando per questa via della loggia, riesce incontanente dall'uscio aperto alle spalle della moglie, armato delle due pistole. Senza profferir parola, ne scarica una da sopra in giù sul di lei omero sinistro, e la fa cader morta fra le braccia del fratello. Contro di costui che si volge atterrito, impugna l'altra e si arresta.

5. È causale o volontario quest'omicidio? Ecco l'unica quistione di fatto proposta alla gran-corte. Non si dubita che il colpo omicida sia partito da lui. Non si dubita che non in quell'atto, nè prima, nè dopo si era osservata mai abolita in lui la memoria di ogni stato anteriore, nè sospesa la facoltà di conoscere e di giudicare. La sua taciturnità proveniva da ben altro che da assenza d'ogni idea: scortese, contristato, increscevole agli altri ed a sè, ma non demente. Molto meno possiamo dirlo esaltato sino al furore o mania, nel significato di quella malattia deplorabile; che rendendo l'uom macchina, lo spinge con impeto sì cieco ad azioni sanguinarie, che toltagli la coscienza di quello che opera, fa ch'ei non ne provi soddisfazione interna, nè rimorsi, perchè non discernendo più il bene dal male, piange di quello, come ride di questo, indifferente all'uno ed all'altro 2). Anzi la sua difesa si è raggirata tutta in dimostrare ch'egli era così sano di mente, che al primo avvedersi del colpo ferale che di mano gli usciva, pianse disperato sull'estinta consorte, e fu per dar capo a tutti i muri, e si sarebbe gittato giù della loggia, se non fosse stato trattenuto.

6. Ma il giudice del fatto ha dichiarato questo dolore non esser altro che una compra o pietosa menzogna di alcuni testimoni; perchè discusse pienamente le pruove, egli è stato convinto, che dopo il colpo rimase *immobile e indifferente, senza profferir parola alcuna, avendo nelle mani due pistole, delle quali scaricata quella che aveva nella destra, impugnava l'altra con la sinistra verso il di lei fratello*, ma sempre conscio di sè, e come non timido, così non pentito del fatto. La qual brutale indifferenza risulta più evidente dal suo primo interrogatorio poco dopo dell'avvenimento. Forse anche prima ei fu più volte tentato di uccider la moglie. Ma l'averlo fatto allora in mezzo alla sua famiglia, ed in presenza del germano stesso di lei, mentre avrebbe potuto soddisfar la rea voglia in modo più segreto, ha fatto dubitare se l'omicidio fosse stato veramente commesso, come si leggea nell'accusa, dietro un disegno ma-

1) Manzoni, *Inni sacri*. — *Mala mentis gaudia*, disse Virg. Aen. VI, v. 278.

2) V. le nostre conclusioni sulla demenza e sul furore, N. XVIII, *Quistioni di dritto*, pag. 225.

turato prima dell'azione. Parve alla gran-corte più verisimile, che i movimenti sanguinarii, ribollenti in lui da più giorni nell'animo, fra l'urto e la tempesta d'idee confuse e sformate, come i segni dell'egro, si fossero con repentino sbocco rivolti al fine scellerato, determinati in quel fatale momento, in cui balenandogli nel pensiero l'opportunità delle pistole, si alzò, senza veder altro, subitaneamente dalla mensa. Così lo ha dichiarato colpevole d'omicidio volontario, non già premeditato, ma per impeto. *Non liquet an ex animi propositione et consilio, sed certo occasione data id commisit,* avrebbe detto TRIFONINO 1).

7. Tutta la forza de' suoi ventiquattro motivi di annullamento è intesa a combattere questa dichiarazione di reità. Ventitrè riguardano la giurisdizione, le forme, il metodo della discussione delle pruove e della motivazione: con l'ultimo si sostiene che non essendo stata spiegata dalla gran-corte una cagione esterna determinatrice della volontà al reato, è violata la legge penale, anzi il senso comune, principio e fonte d'ogni legge: l'omicidio, egli dice, non poteva esser dichiarato, che involontario.

8. *Qui l'avvocato generale ha ragionato partitamente di tutti i motivi di annullamento relativi alla giurisdizione, al rito, ed alla motivazione, e ne ha dimostrata l'insussistenza. Ha poi così proseguito:*

9. Niuna opposizione alla definizione data al reato a me sembra più futile, quanto questa di cui tanto qui si è parlato: *mancanza di causale.* Se per causa di un omicidio s'intenda un fatto esterno, che sentito dall'agente, sia ragion sufficiente dell'azione, e come di effetto moralmente o fisicamente necessario, tutte le prime mosse e la direzione e l'intensità ne spieghi, convien confessare, che ella qui manchi assolutamente. Ma questa manca in ogni specie di omicidio imputabile. Ne'soli omicidii giustificati l'azione esterna è proporzionata alla reazione, e perciò la legge li dichiara esenti di pena. La ragion motrice di tutti gli altri reati di sangue i quali non possono pienamente giustificarsi, è sempre più o meno ingiusta, sempre così mal proporzionata al misfatto, ch'ella stessa sovente è nulla per alcuni uomini, avvezzi a padroneggiare le proprie passioni, e non di rado è per altri ragione ed impulso ad azioni virtuose. Dunque nell'omicidio ella è più occasione, che causa: la causa vera è tutta nel suo animo o ferino, o intollerante e incomposto: spesso il più lieve disgusto senza altrui colpa: più spesso la sazietà, il capriccio, l'orgoglio della soperchieria e della prepotenza, la tentazione di troncar con la spada un nodo molesto, è per lo scellerato ragion d'omicidio. Si narra d'un tiranno orientale, che in atto palpava la fresca cervice d'una sposa favorita: *mi fa tanto più piacere*, ei diceva, *quanto che a un chinar di ciglio posso farla staccare dal busto.* Racconta FILANGIERI, che un cacciatore, per provar la sua polvere, scaricò la pistola contro d'un che passava, e l'uccise. CALPURNIO FLACCO nota qual incentivo in alcuni al misfatto, il far cose incredibili, *incredibiliter peccare*; e CABANIS ragionando appunto de' malinconici biliosi, qual'è descritto costui, attribuisce a questo carattere, il quale, se non vien frenato dalla educazione, dalla religione e dalla ragione è il più periglioso e funesto di tutti, i cupi e orribili trasporti di Tiberio e di Silla, i furori ipocriti di Robespierre, le atrocità capricciose di Errico VIII, particolarmente contra le mogli, il fato infelice d'Isabella moglie di Filippo II. Questo carattere, egli dice, facendo eco a ciò che ne disser gli antichi, questo fa che sia l'animo di chi n'è affetto, come l'abitante d'un edifizio rovinoso, sempre scontento di quello che ha, sempre voglioso di quello che non può avere; invidio, rustico, solitario; tanto sprezzatore ed odiator di ogni legge, quanto d'ogni altr'uomo e di sè; che congiunge la violenza più furiosa della passione alla più stolida non curanza del fatto, ed i più foschi e più fantastici terrori a quella stupida e fiera temerità, che mena l'uomo senza cause apparenti a' corrucci ed al sangue, e di misfatto in misfatto.

10. Saranno per ciò queste azioni involontarie? Ma perchè, dice PELLEGRINO ROSSI, uno de'più benigni scrittori delle cose

1) L. 225 *De verb. signif.*

penali, perchè il reo ha nudrite in sè tanto lungamente, perchè ha blandite e secondate criminose tendenze? Egli conosceva l'immoralità delle sue propensioni; egli aveva la coscienza del male che desiderava; egli non precipitò all'atto la sua determinazione, se non quando giunsero al loro punto estremo quelle brame irragionevoli ed atroci, ch' egli è in colpa di non aver governate. Coloro che misfanno senza esterno motivo,e che ora una nuova scuola ama chiamare *monomani*, la tragedia antica fingeva agitati dalle Furie. Ma Cicerone svelava il vero nella favola: *Nolite putare, quemadmodum in fabulis saepenumero videtis, homines consceleratos impulsu agere Furiarum: sua quemque fraus, et suus error maxime vexat, suum quemque scelus agitat, suae malae cogitationes amentia afficiunt* 1). Empii, quando ne accusano la natura e Dio, perchè essi stessi si fanno un Dio del loro reo desiderio: *sua cuique deus fit dira cupido*. Se costui potesse del suo misfatto assegnarci una esterna causale, potrebbe ben dirglisi con Terenzio:

Iam id peccatum magnum; magnum, at humanum tamen:
Fecere alii saepe, item boni.

Ma appunto perchè il suo reato trascende ogni umano costume, i nostri antichi lo chiamaron *brutale*, e non brutale a modo di leone o di toro, ma all' uso di tigre, il cui furor cieco,la cui bassa malvagità lo fa rivolgere, anche sazio di preda, senza provocazione nè fame, non pure a divorare ogni altro animale, ma a fare in brani gli stessi figli suoi e la madre 2). Contro tanta ferocia qual mai schermo, qual mai garentia può aver l'innocenza, se non è nella pena? Perciò le nostre prammatiche lungi dal credere involontarii, punirono di morte gli omicidii *per lasciviam*, *et ex mera petulantia eius*, per servirci delle parole del Puffendorfio, *eius quem malitia sola delectat:* perciò Filangieri, modello di umanità e di dolcezza nella estimazione de'reati mette al massimo grado nella scala del dolo l'omicidio senza causa: percio l'art. 196 della nostra legge penale del 20 maggio 1808 statuì: *rende qualificato l'omicidio tanto l'ingiusta, quanto la niuna causa .... L'omicidio è brutale quando è commesso per solo instinto di malvagità, senza l' impulso di alcuna altra causa;* e lo punì di morte esemplare. È ancor viva la memoria di un *Crescenzo Lombardi*, conterraneo di questo ricorrente, dichiarato nel 1810 colpevole d'omicidio senza causa in persona d'un'innocente giovinetta: rigettato il suo ricorso fu preso di lui il debito supplizio 3).

11. Ma il nostro augusto legislatore del 1819, non sì tosto si avvenne in sì severa sanzione de'suoi predecessori, confermata poi nel 1808, aprì il suo real animo a ben altra benignità di principii. Non è già ch'ei credesse impossibile o involontario l'omicidio senza impulso di causa esterna. Imperocchè se previde la calunnia, se previde l'ingiuria, se previde l'esercizio abusivo dell'autorità, ed altri molti reati i quali posson esser commessi senz'ira, senza emolumento, senza speranza per sè, come potea lasciare inosservati gli omicidii commessi non già da chi *peccata cum causa suscipit*, ma da chi *hominem ita exuit*, come dice Seneca, *ut tantum animi causa malus sit?* Date al calunniatore, date all'invidioso, date al superbo un grado di perversità di più, un più impudente coraggio, ed una pistola, e ne avrete un omicida brutale. Tanto involontaria è l'azion di costui,quanto l'è quella di ogni altro, che non provocato, ma *animi causa* è malvagio. Chi può entrar sempre negli occulti recessi del cuore umano (a) ? Quando è provato che il colpo non poteva essere scaricato che volontariamente;quando è provato,che sebbene non consti alcun motivo venuto in lui da esterna cagione, pure l'azione, nel tumulto interno del momento, è stata così volontariamente precipitata,come ogni altro reato *ex impetu*, o deliberato *ex improviso;* quando si è veduto che quel ch'era vaga scontentezza d'animo ed ostile inclinazio-

1) Cicerone *pro Roscio*, c. 24, orazione appunto ov'egli sviluppa tutta l' influenza delle causali esterne ne' fatti umani.

2) Buffon nel confronto tra il leone e la tigre.

3) Suppl. alla collezione delle leggi, serie criminale, n. 198, causa nella quale così conchiuse in corte suprema l'illustre autore della *Nomotesia penale*, Giuseppe Rafaelli.

(a) *Vedi la nostra precedente nota a pag. 233 parte prima.*

ne, è diventato in un punto odio profondissimo e sete efferata di sangue; la causa del reato è trovata, e siamo appunto nello stesso caso dell'incendiario che senza aver ricevuto offesa, senza trarne vantaggio, e senza avervi pensato mai prima getta il fuoco distruttore nella ricolta del vicino. Discerne egli, allor che commette l'azione, se questa sia male o bene? Ne conosce egli la natura, il fine, e le conseguenze? Era egli padrone di dirigere o sospendere l'esercizio della sua volontà, e di fare o non fare, e di scegliere? Dunque è imputabile d' un fatto volontario; anzi è tanto più imputabile, quanto men se ne trova il motivo in ciò che suol muovere alle azioni criminose i malvagi ordinarii 1).

12. Se non che nei reati di sangue è principio legislativo presso di noi quello di Cicerone, che debbano più mitemente punirsi *quae repentino aliquo motu accidunt, quam ea quae meditata et preparata inferuntur: dimidiatum videtur facinus, cui non accessit longa deliberatio*. Perchè dunque non considerare ugualmente l'azione, tanto allor che proviene da un'ira eccitata da fuori, quanto allor ch'erompe da cieco impeto di mal repressa disposizione interna dell'animo? L'omicidio brutale, dice l' illustre Carmignani, non è omicidio più grave di quello ch'è commesso per causa più proporzionata a commetterlo. Esasperarne la pena, credendolo sempre ed essenzialmente più doloso, è così ingiusto, come lo scusarlo per difetto d'intelligenza. Si aggiunge che gli uomini di retta mente e di retto cuore, mal possono immaginare tutti i vantaggi, tutt'i piaceri creduti tali da'malvagi, *qui emolumenta rerum fallacibus vident* 2). Questi falsi giudizii sono i loro motivi, i quali spesso hanno fondamenti sì tenui e quasi impercettibili, che alcuni giudici sarebbero più pronti a negar tutto il fatto, che a pronunziarvi l' assenza di un grande emolumento e di forti esterni motivi, quando ciò ne aggravi la pena. E poi, dovrebbero in questo caso escludersi tutte le cause possibili agitatrici del cuore, per dire con Aristotile: *scellerato, tu ciò facesti freddamente e per niente: quid ageres si in affectu esses constitutus?* Ma il negare tutti questi possibili può esser effetto del corto ingegno e del pochi mezzi d' investigazione ch' ha l'uomo. E se l' ignoranza della causa del fatto potesse rivolgersi in una imputazion positiva degna dell' estrema delle pene, da un filo troppo debile e incerto, con repugnanza invincibile della coscienza dei buoni, si farebbe pendere la scure del carnefice.

13. Per le quali cose la nostra legge ne' reati di sangue vuole che sia provato il motivo esterno, sol quando o esso aggravi l' imputabilità, come avviene negli omicidii per causa di stupro o di furto, o esso la scusi, come avviene negli omicidii in rissa, o provocati da ferite o percosse, ed ove sien commessi da' mariti, dalla turpe vista d' un flagrante adulterio. In ogni altro caso ella non ricerca di necessità se una causa solamente interna sia determinatrice dell' atto, o se un'occasione esterna ne sia eccitatrice. Basta che consti della volontà. Se questa è stata pertinace nel corso d' una lunga deliberazione, l' omicidio è punito di morte: se l'omicidio non è premeditato, ha la scusa generale dell'impeto, e della deliberazione *ex improviso*; ed al pari che tutti gli altri i quali non presentano scuse maggiori espressamente indicate dalla legge, è punito del quarto grado di ferri.

14. È vero che il ricorrente è stato condannato all' ultimo supplizio; ma ciò è avvenuto non per ragione della sola brutalità del suo fatto, bensì per qualità personali. Egli è coniugicida: egli ha violato non solo i dritti comuni ad ogni cittadino, ma gli obblighi più santi di protezione e

1) Cicerone, *pro Roscio, c. 13 et segg.* ci dà il ragionamento il più splendido della necessità di scuoprir la causale per convincere un reo. *Neminem ne minimum quidem maleficium sine causa admittere: sic enim vita hominum est, ut ad maleficium nemo conetur sine spe aut emolumento accedere.* Ma *Sesto Roscio* non era stato veduto da alcuno assalire e ferire di sua mano il padre. Vaghe presunzioni, esagerate pei costumi agresti e solitarii di lui, furono combattute vittoriosamente per la mancanza della causale a delinquere. Ma se mai non si fosse dubitato che il figlio stesso, non nello stato di Atamante o di Oreste, ma conscio di sè, avesse assalito ed ucciso il padre con arme che non poteva agire senza la sua rea volontà, la investigazione della causale esterna sarebbe stata soprabbondante, e tutta la teoria, così filosoficamente ed eloquentemente esposta dal principe degli oratori, inopportuna.

2) Cic. *De officiis*, III, 8.

di fede: egli ha rivolto in opportunità di uccidere, la fiducia giusta della moglie nell' asilo domestico, e nella presenza del capo della famiglia di lui, e ne' più solenni di lui giuramenti 1).

15. Vano adunque, è il pretendere violata la legge, perchè la decisione non esprime alcuna occasione esterna la quale avesse eccitata e precipitata all' atto l'interna ferità del colpevole. Nè poi, la gran-corte ha giudicato in fatto, che la volontà di lui sia stata determinata senza alcun motivo, ma dal ragionamento che motiva la decisione, apparisce chiaro, che la sua mala mente fu pervertitrice della sua volontà, cioè a dire che l' iniquo motivo ne sia stato la soddisfazione che in un cuor barbaro produce l' esecuzione d' un misfatto inesplicabile e stranamente atroce. Così ella narra la precedente immoralità di lui, la mestizia cupa, i malinconici furori. *Mala mens*, *malus animus* 2), è detto antichissimo, la cui terribile verità è attestata dalla coscienza di tutto il genere umano: ella ha somministrato la ragione a tanti legislatori, onde punire più severamente gli omicidii commessi per solo impeto di malvagità, senza esterna cagione. La quistione dunque in corte suprema si riduce soltanto in conoscere, se questa dichiarazione di volontà di uccidere, senza che sia noto e spiegato un impulso esterno ad uccidere, sia abbastanza motivata nella decisione.

16. Or la gran-corte ei nota in prima che il reo, pria che fosse sparecchiata la mensa, quando appunto gli uomini civili, cessato il bisogno del cibo, si ricreano fra le gioie conviviali degli ultimi bicchieri, sorse di repente, ed attraversò una loggia che la stagione invernale tenea chiusa, per ricomparire alle spalle della sposa, improvida del suo reo destino; con due pistole alle mani. Poi esamina i suoi interrogatorii, nell' ultimo de' quali egli avea detto, che in sorgere *per passeggiare lungo la stanza, vide due pistole nuove in uno scaffale*: *le prese*; *e dopo averne ammirata la costruzione, si avviò al fratello per conoscere come ne avea fatto acquisto, e giunto appena sotto la soglia della porta, nell' atto che continuava a guardare tali armi, intese la esplosione d' una di esse, senza sapere come ciò fosse avvenuto, ignorando se fossero cariche*. E la gran-corte il riprende di tardo e preparato artifizio nella sua difesa, avendo maliziosamente dissimulata la circostanza di esser egli uscito per la loggia; e poi lo riprende di mendacio, quando egli ha detto di aver veduto solo allora le pistole, e d' ignorare se fossero cariche. Peggior menzogna è poi, che standо egli sotto la soglia dell' uscio, intento a guardare con ammirazione le armi, una di esse scattasse di per se stessa: perciocchè in quella distanza (misurata di oltre tre palmi fino alla sedia della moglie) ed in quell' attitudine di esaminare la costruzione delle armi, il colpo certamente avrebbe tenuto una via orizzonta e, o poco inclinata alla orizzontale, ed avrebbe ferita lei alle spalle, passandole il petto, con pericolo o della cognata o del fratello che erano di rincontro. Nè obblia la gran-corte di confrontare a quest' ultimo interrogatorio gli altri due primi, e rilevarne le contraddizioni e le reticenze. E poi vaglia la dichiarazione di un falso testimone, che in pubblica discussione aggiunse, aver l'uccisore tenuto in quel momento pensili nelle sue mani le due pistole, colle bocche rivolte in giù sull'una e l'altra spalla della donna, attitudine che contraddetta dallo stesso reo, sarebbe sì forzata, che giunge all'impossibile, attesa la lunghezza delle armi (nientemeno che di un palmo e mezzo), e la mancanza di laccio o d' anello per tenerle in atto sì abbandonate e sospese.

17. Negata adunque ogni fede a sì strane invenzioni, la gran-corte si volse ai fatti permanenti, testimoni irrevocabili, che non ingannano, nè posson essere sedotti. Quelle pistole erano *alla fulminante*, e di sì forte struttura, che anche ingrillate, non potevano scoccare affatto senza valida pressione al grilletto: qualunque

1) La frode ond'ogni conscienza è morsa,
Può l'uomo usare in colui che si fida,
E in quello che fidanza non imborsa.
E qui parla in prima il poeta del secondo modo, o sia della imputabilità di coloro che offendono il vincolo della umanità universale, senza alcun altro di fede speciale. Poi soggiunge:
Per l'altro modo quell' amor s'obblia,
Che fa natura, e quel ch'è poi aggiunto,
Di che la fede spezial si cria.
DANTE, Inf. XI, 52 e segg.

2) TERENT, Andr. I. 1, v. 137.

urto o moto passaggiero sarebbe stato inefficace: questo è stato il giudizio de' più accreditati periti. Il piombo mortifero all' incontro entrò da sù in giù per la scapola sinistra, e perforando quanto trovò innanzi di più necessario alla vita, fu rinvenuto nella cavità destra del torace. Da ciò conchiude la gran-corte, come ne conchiuderebbe ognuno non interamente sfornito di senso comune, essere impossibile che la pistola scattasse da sè; esser anzi evidente, che preparata poco innanzi con ingrillarla, fosse stata repentinamente applicata all' omero della donna, con quel volontario rivolgimento del corpo dell'uccisore, e con quel forzato rovescio del braccio migliore e della mano, che dal sommo della scapola sinistra ne diresse la palla all' imo della parte destra del torace di lei.

18. Non è questa forse motivazione più che sufficiente della volontà? Non è ella infine una risoluzione di quistion mera di fatto 1)? Dimando perciò in nome della legge il rigettamento del ricorso 2).

—

XII e segg.

Nono grado d' imputazione ne' fatti volontarii di sangue.

Omicidii premeditati

SOMMARIO

Conclusione prima (N. XII). — *Requisiti constitutivi della premeditazione.*

I. Fatti da' quali nella causa presente trae la gran-corte criminale il concetto della premedi'azione, § 1.

II. In ogni atto volontario dell' uomo, sempre la deliberazione precede il fatto, § 2 e 3. — Per dirsi il fatto premeditato, questa deliberazione dev' essere *assidua* prima del fatto, e staccata per qualche intervallo da esso. — Legge del 20 maggio 1808, § 4. — Che l'assidua deliberazione si faccia con animo freddo e pacato, o con animo sempre perturbato e dolente, la legge non lo distingue, § 5.

III. Differenza tra il *meditare* de' saggi e il *meditore* degli animi incomposti, § 6; — e tra la *perseveranza* nel proposito de' primi e la *pertinacia* de' secondi, § 7.

IV. Definizione della premeditazione, art. 351 ll. pen., § 8. — Che s'intenda in questa definizione per *prima* e per *dopo*, § 9.

V. Perchè le nostre nuove leggi penali non fanno uso della voce *oguoto*, nel senso del *guet-opens* de' Francesi, § 10 ed 11.

VI. Come gli elementi della premeditazione debbano nella motivazione esprimersi partitamente, e poi riunirsi in una somma, pronunziando il giudizio del *disegno formato prima dell' azione*, § 12 e 13.

VII. Applicazione della teoria alla causa, § 14 a 16.

Conclusione seconda (N. XIII). — *Dello premeditozione, la di cui esecuzione dipenda do qualche circostanza o condizione.*

I. Stato della quistione, § 1 a 3.

II. L'omicidio è sempre premeditato, quando se n'è formato il proposito prima dell' azione, benchè l' occasione di eseguire il reo disegno non sia venuta che improvvisamente, § 4.

III. La premeditazione non perde, anzi riceve gravezza quando fra gli elementi del motivo a delinquere, ha parte un pregiudizio, § 5 a 7.

Conclusione terza (N. XIV). — *Che s' intenda per cousa proporzionata all'otrocità di un misfatto premeditato.*

I. Stato della quistione, § 1 a 5.

II. Antiche leggi, § 6. — Elementi della premeditazione nella causa, ivi.

III. La causa che destò l' iniquo disegno, è sufficiente, ancorchè non sia che un sospetto, § 7; — perchè il sospetto negli animi corrotti mette losto altre radici, e si tramuta in odio ed in sete di sangue, § 8 e 9.

Conclusione quarta (N. XV). — *Uccisione premeditota, onde servire od un otroce ed empio pregiudizio.*

I. Stato della quistione, § 1 a 5.

II. Ben diverso è l'error di mente, a cui si sacrifica volontariamente il rispetto dovuto alla vita ed a' dritti altrui, dalla follia che fa agire l'uomo come macchina, § 6.

III. Misfatti che più spesso s'incontrano nello stato di civiltà, § 7.

IV. Se non escusa questi ultimi il servire talvolta alla scienza, molto meno escusa que' primi, il servire al pregiudizio, § 8.

V. Conchiusione, § 9.

Conclusione quinta (N. XVI). — *Degli omicidii la di cui cousale senza premeditozione avrebbe prodotto una scuso. — Discussione degli art. 202 e 293 pr. pen.*

I. Stato della quistione, § 1.

II. Della inescusabilità degli omicidii premeditati, § 2.

III. Gl' individui sospetti di complicità, ma non compresi nell'accusa, possono essere chiamati a deporre, § 3.

IV. Art. 293 pr. pen., § 4 e 5.

1) *La parte della decisione, colla quole si decidono le quistioni di fatto, non è soggetta a ricorso per la parte che riguarda la convinzione de' giudici.* Art. 292 pr. pen.

2) Così è stato deciso. — La stessa quistione fu da noi abbondantemente trattata nella causa di *Mostrogiacomo*, 21 giugno 1833. — V. i §§ 26 e segg. del n. XVIII, pag. 234.

XII.

De' requisiti constitutivi della premeditazione.—*Art. 351 ll. pen.*

1. Signori 1), i fatti ond'è motivata la dichiarazione di reità in questa causa, sono, I, alcuni danni cagionati dalla famiglia dell' uccisore ne' fondi della sorella dell' ucciso; II, le querele pubbliche di costei, *di non poter più sopportare, e doversi prendere qualche espediente;* III, l'impegno de' germani di lei, fra i quali il più caldo era forse lo stesso ucciso, *di vendicarne i torti:* che però l' uccisore avesse saputo queste minacce, e voluto prevenirle, non è desunto che dal fatto stesso dell 'uccisione, la quale senza di ciò rimarrebbe commessa per causa ignota 2); IV, il fatto medesimo dell'aggressione in campagna, mentre il misero ucciso, sicuro di sè, in una notte serena di agosto, a cielo aperto dormiva; V, la ferocia e moltiplicità de' colpi, ond'ei passò dal sonno alla morte.—Così si dà al misfatto la sola cagione di un timore, presunto nell'uccisore, che a suo danno o de' fratelli suoi, quelle parole della donna non si volgessero in fatti, e le minacce in offese. Le quali cose così esposte, vengon chiuse dalla gran-corte nel modo seguente: *Considerando, che da ciò la fredda premeditazione nel criminoso operare del reo chiaramente si scorge: Consta che nell' omicidio sia concorsa la premeditazione.*

2. È questa forse una motivazione sufficiente della definizione del misfatto?—Ecco la sola quistione che vien proposta alla corte suprema.

3. Che il colpevole abbia voluto la morte di quell' infelice, non può mettersi in dubbio. Che poi il reo proposito di uccidere abbia nella sua mente preceduto almeno di qualche instante i suoi colpi, è nella natura della cosa. Perciocchè nelle azioni volontarie il movimento, ancorchè improvviso, dell' animo, procede sempre quello, ancorchè subitaneo, del braccio. Di DIO solo è il *fiat lux, et facta est lux*. Per l'uomo prima è il volere; poi viene, più o meno prontamente, la successione degli atti suoi sino all'esecuzione. Ma non perciò la legge chiama premeditati tutti gli atti volontarii. In quelli che son commessi per impeto, o deliberati *ex improviso*, il fatto anteriore della deliberazione dell'animo si presume dalla legge come confuso in un sol atto co' fatti posteriori della esecuzione: la rapidità fa parere simultanei, non che instantanei, gli atti in realtà successivi. Ma quale è la regola per distinguere il caso di questa specie di presunta confusione, dall' altro in cui la deliberazion precedente dee reputarsi così anteriore, che possa guardarsi come staccata e distinta dal fatto commesso?

4. La regola dell'antica e della nuova nostra giurisprudenza, è che per indistinte e confuse si tengono la deliberazione e l'esecuzione, quando l'eccitamento a delinquere, e la determinazione interna che n'è originata, e gli atti i quali immediatamente la seguono, son *continui*, cioè con azione non mai sospesa e interrotta di movimenti ed operazioni ad un fine 3): *in continenti, ex continenti*, dicea la vecchia scuola 4), cioè senza divertire ad atti estranei. Quando poi l'uomo diverte ad atti estranei, e non

1) Conclusioni pronunziate all'udienza della corte suprema nel dì 4 marzo 1833, nella causa di *Saverio Dastoli-Lori*, BRANCIA comm., NICOLINI m. p., LORENZO SABINI avv. del ricorrente.

2) E da ciò si scorge che la smania di stabilire una causa esterna per ogni reato, pregiudica sovente, più che non giova a' rei. V. la conclusione precedente § 12. Di ogni umana deliberazione vi è sempre una causa. Ma che dee fare il giudice, quando non gli riesce di conoscerla? Sarà per questo l'omicidio men volontario? È difficile però che, ignorata la causa, possa dirsi premeditato il misfatto. Allora il partito più sicuro è dichiararlo volontario, non già perchè senza causale, ma per causale ignota o mal certa. La pena ne diventa minore, ma il giudice non abusa del suo criterio morale con presumere una causale che pienamente non consta: abuso allora più vituperoso, quando se n'aggrava la pena.

3) Quindi *continuo* per *statim ac.* — *Continuo ut vidit, non dubitavit e mensa tollere*, Cic. in Verrem, VI, 22.

4) Sulla significazione di queste frasi, v. le nostre conclusioni, n. XIX, nella causa di *Tommaso Zeppa*, § 9 e 10, pag. 127 e seg. — V. pure la nota 2 pag. 276 e la nota 6 pag. 287 ed il n. XIII, § 12, pag. 391.

pertanto la determinazione già formata nell'animo non si cangia, ma con forza *assidua* prende più vigore dal tempo 1), allora la legge la considera come distinta dall'ultimo adempimento, e definisce questo *premeditato*. L'atto della mente in questo caso è un pensiero dominante, che *a nuocer tempo e luogo aspetta*, e che distratto più che sopito, torna da un tenue obblio sempre più forte, richiamando le sviate immagini incessantemente al primo proposito : *ex animi propositione eius mentis sit*, *ut occasione data id commissurus sit* 2). Perciò la legge del 20 maggio 1808, uscita dalla nostra antica giurisprudenza, volle nella premeditazione, tra il primo moto dell'animo e l'esecuzione, il trascorrimento almeno di dodici ore, o della notte, il qual tempo reputò bastante, nell'ordinario corso delle cose e presso la comune degli uomini, ad estinguere l' eccesso di ogni passione 3). Esser diverso per malvagità da ciò che per natura non solo gli uomini per lo più sono, ma tutti debbono essere, è la cosa principale, se non la sola, che richiama sul reo la particolar vigilanza del legislatore.

5. Per lo che non è nella presunzione della estinzione dell' eccesso della passione nell' individuo, il fondamento della severità della legge pei misfatti premeditati. Presumere ciò che quasi sempre è contrario al fatto, sarebbe un sostituire l'immaginario al reale, pessima misura della imputabilità delle umane azioni. Bensì dee dirsi, che sol pochissimi e profondi malvagi, fra le ambagi di lunghi consigli, calcolano il tempo ed il luogo ed il modo onde commettere un assassinio, benchè in essi per lo più fervida è l' ira quando se ne affaccia il pensiero, più fervida quando ritorna in mente l' offesa 4), fervidissima e terribile nel punto della vendetta. Ma comune è negli uomini, che la vendetta sia una reazione pronta dell'oltraggio: vi vuole tutta la forza della ragione, della civiltà, e più di tutto della religione, per non sentirne allora, o dissimularne lo stimolo. Quindi il vendicarsi immediatamente dopo l' offesa, senza che siasi passato ad atti estranei, è scusato, almeno con la scusa generale dell' impeto 5). Ma non è costume umano esser pertinace nello sdegno; anzi è ordinario, che passato un certo tempo, e interrotto il pensiero da atti estranei, l' ira si estingua o si freni. Mostra dunque un cuor ferino colui, che ad onta di ciò non rattempera la sua sete di sangue. Per lo che conviene, che fra i rei pensieri, a' quali, senza raddolcirsi al balsamo salutare del tempo, fuori del costume umano ei non solo ritorna, ma li fomenta e accarezza, sorga la minaccia d'una pena più forte, la quale col terrore lo impietri dentro, ed agghiacci il tristo suo fuoco: ragione che inchiodò già in petto ad Astrea il teschio di Medusa. Nè il legislatore richiede che la premeditazione sia *fredda* o per tutto il suo tempo furiosa e fervente: ei non obbliga i giudici a distinguere lo stato dell'animo o rattemperato, o tuttavia infiammato del reo. Non importa ch'egli, ogni volta che gli torna a mente l'offesa, si trasporti furibondo ad atti d'ira e minacce di sangue; non importa ch' egli non trovi posa fra le ombre della notte, e che il suo sonno sia agitato e interrotto da larve importune, e dalle Furie della vendetta. Altrimenti per ogni reo sarebbe necessario un codice. Basta ch' ei sia stato implacabile. Quindi l'aggiunto *fredda* alla voce *premeditazione* in questa causa, è del tutto vana ; tanto più che non abbiamo alcun fatto di pacato ragionamento del reo, nè di concerto tranquillo, che lo sostenga.

1) *Assiduus*, quando riguarda le cose, si usa in cambio di *continuus*. Così *assidua rapitur vertigine coelum*, disse Ovidio, Met. II, 70; *assiduo motu res quaeque geruntur*, disse Lucrezio, I. 993; e Manzoni parlando del sole, disse che *con la vampa assidua l' immobil' aura incende*. Ma quando riguarda le persone, la voce *assiduo* dimostra pensieri ed opere tendenti tutte perseverantemente ad un fine, benchè ad ora ad ora sospesi e nel lor processo interrotti. Quindi noi diciamo *assiduità negli studii*; e Properzio *assiduus bella gerit*, II. 9, v. 16, e Svetonio, *assiduus circa scholas*, in Tib. 12.

2) L. 225, *De verb. sign.*

3) Art. 5, legge penale del 20 maggio 1808.

4) . . . . Nec iam tolleraro labores
Ulterius poteram: quia nunc mihi frigidus artus,
Dum loquor, horror habet: PARS EST MEMINISSE (DOLORIS.
Ovid. Met. IX, 289.

Anzi spesso il riandare in mente l' offesa produce maggiore perturbazione d'animo che l'atto medesimo dell'oltraggio.

5) V. il n. XI, § 23, pag. 384 e segg.

O fredda, o non fredda, le leggi non s'incaricano d' altro che della *premeditazione* 1).

6. *Meditari* è già lo stesso che *considerare*, *perpendere*, *mente volutare*, *medio animo versare*. Ma la meditazione dei malvagi non è l' analisi e la sintesi dei matematici e de'giureconsulti. S' ella è un assiduo volger misfatti nell'animo, un guardarne, senza rifuggir con orrore, i rei frutti, prelibarne la gioia crudele, bilanciarne i mezzi più accetti quanto più perfidi, ciò non può farsi senza perturbazione di cuore, e senza sconvolgimento di mente, troppo lontano dalla calma del vero consiglio. Si può però *meditare* senza volere ancor l' atto. *Praemeditor* all' incontro, *prius meditor*, spiega il rapporto tra la meditazione interna, e l'atto esterno che dee conseguitarla. Tanto più dunque un tal concetto nel reo è disforme da quello del sapiente. Così, p. e. *est sapientis quidquid homini accidere possit, id praemeditari, ferendum modice esse si evenerit* 2). Ma la previdenza del primo è una contraffazione di questa del secondo. La voce *premeditazione* disegna nell' uno e nell' altro assiduità di pensiero e moltissima cura: ma oh quanto quella è diversa da questa! Nell'uno è lo studio tranquillo, la cura pacata, l' elevazion celeste di Pitagora e di Galileo; nell' altro è lo studio efferato, la cura torbida di Nerone: chè anche di lui disse Tacito: *multa cura tentans citharam, et praemeditans*, quando egli, deposte anche le apparenze della imperial maestà, usciva fra i suoi sulla scena, *nec ulla moribus olim corruptis plus libidinum circumdedit, quam illa colluvies . . . . et moerens Burrus ac laudans* 3). Io rido meco stesso e deploro l' abuso dell'ingegno, quand' odo parlare de' calcoli de' rei, come si parlerebbe di quei d'Archimede; e perchè non si trovano simili a questi, negare la premeditazione ne' misfatti 4). So pur io, che se il tale avesse usata la tal precauzione, se avesse provveduta la tal cosa, non sarebbe stato nel tal modo scoverto. Che diremo per ciò? Se la lunga previdenza del saggio non lo fa sempre riuscire in un' azione virtuosa, scuseremo il reo quante volte ad onta della sua premeditazione non è riuscito ad ottenere la impunità ch' ei voleva 5)? È un misto in lui d' insania di rea passione, e di consiglio, o per dir meglio di abuso di consiglio. Il mal nume, dice l' illustre storico continuatore del Guicciardini, il mal nume da cui son tocchi i malvagi, manda prima la furia per far commettere il misfatto, poi la mentecattaggine per incontrare il gastigo. La legge, lo ripeto, non vuole altro che avverata nel reo l' ipotesi della *premeditazione*, ma non può volerla avvenuta nel modo ch' è sì raro anche ne' virtuosi e ne'saggi, sì che prevegga tutt' i casi: ella naturalmente ha con sè qualche parte d'imprevidenza e di stoltezza, che inavvedutamente manifesta in fine se stessa.

7. Solamente è da osservare, che perchè si avveri quest'ipotesi, non basta l'aver voluto prima di agire: ciò sarebbe comune a tutte le azioni volontarie (§ 3). Vi occorre un'ostinata determinazione, o sia una serie di determinazioni costanti, che renda in fine inflessibile, e più efficace, e certa di passare all'atto la prima; sì che le posteriori ratifichino l' antecedente, togliendone alla mente gli ostacoli ed agevolandone l'esecuzione. Fino a tanto che l' uom dice fra sè, *che debb'io far? che mi consigli, Amore* 4)? fino a

1) Le due cose che si leggono in quasi tutti gli scrittori delle cose penali, necessità di stabilire una causale del reato, e pacatezza fredda dell'animo del reo nella premeditazione, a me sembrano due solenni pregiudizii. È necessario investigar la causale; ma quando ella non si può scuoprire, non per ciò il reato non è stato commesso, o è stato commesso sempre involontariamente. Così è necessario risalire al tempo in cui si è cominciato a muovere il pensiere verso il reato; ma la fredda tranquillità riacquistata dall' animo, o il ribollimento assiduo dell' ira, poco influisce alla definizione del fatto. Anzi appunto perchè si premedita un misfatto, non è possibile, che ciò si faccia con la calma vera della ragione. Quando la ragione ha riacquistato tutto il suo impero, ella è necessariamente principio motore di virtù, non di assassinii.

2) Cic. Philipp. XI, 3.

3) Tac. Ann. XIV, 15.

4) Perciò Platone disse, *consulto per iram. Maiora supplicia illis decet imponere qui consulto per iram interfecerunt: illis contra qui repente et inconsulta leviora*. De leg. lib 9.

5) Si disegna col più meditato consiglio l'ordine d'una battaglia; e non pertanto una picciola inavvertenza fa fallire il consiglio. Vi manca per ciò il fatto del meditato disegno? *Gli uomini*, dice il Guicciardini (XVIII, 3), *si persuadono spesso*

tanto *che sì e no nel capo gli tenzona* 1), fino a tanto che *utilitas ad se rapere*, *honestas contra revocare ad se videtur, et fit ut distrahatur deliberando animus afferatque ancipitem curam cogitandi* 2), vi è ancor guerra fra i pensieri, nè determinazione vi è ancora. Se questa, tosto ch'è fermata, vien seguita immediatamente dall'azione, non perde l'omicidio il carattere di semplicemente volontario; comecchè nell'animo il dibattimento deliberativo sia più antico di giorni e di mesi. Per esservi premeditazione, conviene che la determinazione sia stata statuita già prima, e poi confermata e riconfermata ogni volta che ne risorse il pensiero: è il *ratum* degli antichi, cioè, a dire lo *stabile*, il *fisso*, l'*immutabile* 3): *non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse* 4). E questa *perseveranza* nelle cose buone è fortezza 5), la quale è definita da Cicerone: *in ratione bene considerata stabilis et perpetua permansio* 6). Ma *unicuique virtuti finitimum vitium reperitur; ut audacia quae fidentiae; pertinacia, quae perseverantiae finitima est* 7). E la *pertinacia*, vizio il quale per l'appunto si richiede nella *premeditazione criminosa*, è la durezza, l'ostinazione la pervicacia in non cedere, e non desistere da un iniquo desiderio 8). Sorto questo in un momento d'ira o d'altra incomposta passione, il solo dubitare se debba darvisi sfogo, non che il metterlo in deliberazione, sarebbe colpevole 9). Che diremo se lo stato di deliberazione sia lungo, ripetuto, ostinato?

8. Se non che la legge non presume mai sì rea persistenza: ella dev'essere nitidamente provata: altrimenti il reato si ha per semplicemente volontario. Per lo che ella non ne abbandona il concetto alla intelligenza volgare, ma lo definisce. *La premeditazione consiste nel disegno formato prima dell'azione contro la persona d'un individuo determinato, o anche contro la persona di un individuo indeterminato che sarà trovato o incontrato, quando anche se ne faccia dipendere l'esecuzione dal concorso di qualche circostanza o condizione* 10). Ecco un'idea composta, ma di elementi molto distinti ed ordinati. Conviene prima, che vi sia un *disegno formato:* voce pittorica, la quale dinota un'immagine ben contornata e di *forma* precisa. Non basta dunque la disposizione di un animo ostile, nè un lungo agitarsi fra opposti pensieri, nè una malvoglienza indeterminata, benchè pertinace fino all'inimicizia ed all'odio. Ciò può servir di scala al disegno d'uccidere, e perciò può esserne argomento; ma non è per sè un *disegno formato*. Quanti nemici perdonano nel loro cuore, ed ostentano le apparenze del disprezzo o dell'inimicizia, per falsa gloria di fermezza? Quanti sono inesorabili, ma incapaci d'un iniquo disegno? Nè perchè hai ucciso il tuo inimico, l'hai ucciso appensatamente. L'averlo incontrato in luogo solitario l'esserti allora imbattuto a caso in un instrumento di morte, un moto improviso dell'animo, un gesto, un'occhiata, una circostanza mal appresa ed indefinibile, ha potuto rimescolarti il sangue, e determinarti in quel momento alla strage. L'omicidio in questo caso sarebbe determinato *ex improviso*.

9. Ecco perchè alle parole *disegno formato*, succedono le altre: *prima* (voce di tempo) *prima dell'azione*. Queste mo-

dopo l' avvenimento, che se si fosse fatta o non fatta una cosa tale, sarebbe succeduto certo effetto: ma se si potesse vedere la sperienza, si troverebbero molte volte fallaci simili giudizii. Che diremo, se nelle consulte presiede la passione? *Consulta per iram*. (V. la *nota* prec.). E più facile allora che il disegno riesca fallace e senza effetto (per buona ventura de' buoni); ma non è meno premeditata.

1) Inf. VIII, 111.

2) Cic. *De off.*, I, 3. *Deliberare*, nel significato suo proprio, non è sinonimo di *statuire*, *determinare*.

3) *Certum*, *ratum*, *stabile*, *fixum*, *firmum*, *fuisse*. Cic. Acad. IV, 9 et 46. Quindi *ratificare* è spesso sinonimo di confermare con giuramento. Giove in Virgilio, Aen. IX, v. 104.

Dixerat, idque ratum stygii per flumina fratris. Annuit.

4) L. 48, *De regulis iuris*.

5) Ch'è il *iustum et tenacem propositi virum* di Orazio. Od. III, 3.

6) *De inventione*, II, 54.

7) Idem, ibidem.

8) V. ciò che ne abbiam detto al n. XI, § 10 e segg. pag. 380 e segg.

9) *In ipsa dubitatione facinus inest. Ergo ea deliberanda non sunt, in quibus est turpis ipsa deliberatio. Atque etiam ex omni deliberatione celandi et occultandi, spes atque opinio removenda est*. Cic. Off. III, 8.

10) Art. 351 II. pen

strano chiaro che la formazione del disegno dev' essere così distinta per tempo dal momento dell' azione, che l'una e l'altra non possano mai confondersi in un atto solo. E questa separazione di tempo tra il proposito ed il fatto, dev'essere sensibile e fisica; il che non può verificarsi, che col passaggio ad atti estranei. Oggi la legge non guarda più, se questo tempo sia destinato dalla natura al sonno, o sia di ventiquattr' ore o di dodici; ma richiede solamente, che il *prima* ed il *dopo* sieno ben distinti e separati fra loro. Il fremito dell' ira per più tempo fervente, la preparazione delle armi, le insidie e l' aguato, la moltiplicità stessa de' colpi, e la ferocia dell' esecuzione, sono argomenti più o meno convittivi del disegno formato prima dell' azione, ma niun d' essi costituisce per sè, nè per presunzione di legge, immancabilmente questo disegno. Egli è necessario che il giudice da questi fatti tragga il concetto, che il disegno compiutamente formato nell' animo vi sia rimasto consentito, ratificato, irrevocato per qualche tempo prima dell' azione 1).

10. Anzi è da avvertire, che le nuove leggi penali furono appo noi precedute dal codice francese, i di cui articoli 296 e 302 qualificavano *assassinio* e punivan di morte l' omicidio volontario, qualora fosse commesso o con *premeditazione*, o con l'*aguato*. *L'aguato* poi, dicea l'art. 298, *consiste nell' attendere per più o meno tempo, in uno o diversi luoghi, un individuo, sia per dargli morte, sia per esercitare su di lui atti di violenza* 2). Ma il nostro legislatore osservò, che questo *attendere più o meno*, è in quest' art. così indeterminato di modo e di tempo, che ben potrebbe avvenire all' aperto, e senz' armi, ed anche in continuazione di una provocazione che scuserebbe l' omicidio. All' incontro la significazione propria dell' italiano *aguato*, è più generale: ogni macchinazione furtiva o falsamente colorata, come p. e. il mettersi in imboscata nelle fazioni militari, e l' affidare e sicurare alcuno con fallace amicizia, e la trama di farlo andare in un luogo ove benchè non sia appostato lo stesso colpevole, si trovi preparato un tranello qualunque o instrumento di morte, qual sarebbe p. e. un precipizio mascherato o un trabocchetto da fiere; ogni laccio a buon conto, ogni tradimento, ogn' inganno, apparecchiato con atti e con maniere obblique e segrete, che il gran padre della nuova italica sapienza espresse in quel verso:

Gli accorgimenti e le coperte vie 3).

1) Secondo questi principii io avrei desiderato che la motivazione della premeditazione non dovesse riputarsi mai piena, se non quando gl' indizii, desunti da' fatti esterni, fossero proprii a ben stabilire il giudizio, non della lunghezza della sospensione d'un animo in atto ch' ei delibera, ma della deliberazione già compiuta fino alla determinazione irrevocabilmente fissata prima dell'azione. Ma la corte suprema è stata talvolta d' avviso che bastasse avere il giudice detto semplicemente: *dai fatti esposti si rileva il disegno formato prima dell' azione*. Così non ammise le mie conclusioni, e rigettò il ricorso nella causa di *Gennaro Monda*, 10 luglio 1833, Longobardi comm., Feo. Castriota-Scanderberg avv. S. M. poi fece grazia della vita al condannato. In altre cause però, simili a questa, come rileveremo nella nota ultima della presente conclusione, ha deciso concordemente al mio avviso.

2) Questa specie di *aguato* (*guet-apens*) è maestrevolmente descritto dall'Ariosto, IX, 73.

3) Dante, Inf. XXVII, 76. — È un dolo di fatto, *Aguato* non è voce che deriva dal linguaggio originale de' nostri padri: gl'italiani han raddolcito con essa alcuni vocaboli settentrionali, *guad*, *gued*, *guet*, *wacte*, *wacter*, da cui guatare, guardare. *Guatare* è propriamente fissar l' occhio con tutta l'intensità dell'attenzione. *Si volge all'acqua perigliosa, e guata*. Inf. I, 24. *Guardar l'un l'altro, come al ver si guata*. Inf. XVI, 78. *Ma Virgilio mi disse, che pur guate?* Inf. XXIX, 6. Quindi *guardare*, per *andar cercando con gli occhi*, e poi per *vegliare su di una cosa, custodire, conservare*. — Da ciò la voce *guardia*, ch'è il latino *custos, speculator, excubiae*; e *far la guardia*, *esser di guardia*, si adopera invece di *far la sentinella*, che i più antichi dicevano *stare a guaraguato*, o *sguaraguato*; e *sguaraguardia* era *vanguardia*. — Lo star quasi in sentinella per ispiare le mosse del nemico, onde sorprenderlo ed ucciderlo più sicuramente, è *guato*, *aguato*, o *agguato*. Anzi ogni *insidia*, ogni *dolo*, e la cosa stessa e la macchina con cui s'insidia (come è *dolus* nell'*ipse doli fabricator Epeos* in Virgilio) è detto *aguato*. Così Dante, Inf. XXVI, 58, nel descriver la pena di Ulisse e Diomede in quella lor fiamma biforcuta, disse:

E dentro dalla lor fiamma si geme
L'aguato del caval che fè la porta
Ond'uscì de' Romani il gentil seme.

Quindi *aguatare il pesce alla lenza*. *Trarre il nemico in più acconcio luogo per te, che più agevolmente vincere lo possi, è mettere aguato*. E dicesi *luogo*, *case* ed anche *inganno aguatevole*,

Ma in tutti questi casi l' insidia non fa che rivelare il proponimento, onde il già *disposto, cada a provveduto fine*, o sia la *premeditazione*. Era inutile adunque il farne oggetto a parte di legge. All'incontro ove l' attender sia breve, ed alla discoverta, e senza passaggio ad atti estranei dopo l' offesa, come qualificar d'assassinio l' uccisione di colui che invece di fuggire dal cimento, torna sul luogo, ed offre improvido il suo petto a' colpi del nemico, fermato qualche instante ad attendere, ma tuttavia, e con fremito continuato, bollente di sdegno ?

11. Per le quali cose parve inutile nel primo caso, e pericoloso alla giustizia nel secondo, il ritenere nel codice la differenza tra la *premeditazione*, e l' *aguato* così inteso. Venne perciò soppressa quella ristretta riduzione della significazione dell' italiano *aguato*, (a) al caso del *guet-apens* de' Francesi; ed ugualmente venne abolita la indistinta sanzion penale per tale specie di *aguato*; sanzione che potea divenir atroce se non vi fosse accompagnata, con tutt'i suoi caratteri, la *premeditazione*. Gli omicidii volontarii non hanno di per se stessi altra distinzione fra noi, che di *premeditati*, e *non premeditati;* l' *aguato*, tanto nell'accorciato senso francese, quanto nell'ampio senso italiano, è uno de' fatti, da' quali può argomentarsi la premeditazione. E la nostra antica giurisprudenza la quale faceva uso della voce *appostamento*, era così tenace del principio di non esser questo che un fatto in cui si ritrae più fortemente e si mette in atto la premeditazione, che nei primi mesi della esecuzione del codice francese, parve risibile e contraddittoria alla corte suprema la dichiarazione terminativa di reità fatta da qualche corte: *non consta della premeditazione*: *consta dell' aguato;* e queste decisioni vennero tutte, sulle mie conclusioni, costantemente annullate.

12. Sempre però è vero, che la frase, *omicidio premeditato*, racchiude due ben distinti groppi d' idee. L'un d'essi è constituito da tutti gli elementi dell'omicidio volontario, i quali non riguardano che l' atto ultimo del reato; cioè l' uccisione dell' uomo commessa da chi ebbe in quell' atto intenzione di uccidere. L' altro riguarda questa intenzion medesima, ma conceputa, meditata, fissa in mente, prima dell' azione: la legge abbandona al criterio e religione de' giudici il tempo più

quello ch' è pieno di *aguati*, *o atto agli aguati*. È *aguatatore*, *aguatatrice*, è chi pone o sta in aguati, *o* vi tien mano: da cui forse *agguontatore*, sì comune fra i volgari nel fôro napolitano, per disegnare i fraudolenti ricettatori delle cose furtive. — Così il *guet-apens* de' Francesi è di significazione assai più ristretta dell'italiano *aguato*.

(a) *Il novello codice penale qualifica per assassinio l'omicidio commesso con prodizione o premeditazione, o con aguato (art. 526). Nelle antiche provincie del Regno i colpevoli dei crimini di parricidio, di venificio, di infanticidio e di assassinio sono puniti di morte (art. 531). Codesto articolo fu modificato dal decreto 17 febbraio 1861 per lo quale gli omicidii per aguato e per prodizione , sebbene ritengono la qualifica di assassinii sono nondimeno puniti coi lavori forzati a vita (art. 334 modificato dal detto decreto) La prodizione si verifica quando con simulazione di amicizia od in qualunque altro modo siasi tratto nelle insidie colui che fu ucciso od altrimenti offeso e che non avera motivo di diffidare dell' uccisore od offenditore (art. 527). Il legislatore aggrava a ragione la pena contro una perfidia così iniqua qual'è quella di uccidere proditoriamente la vittima , cioè simulando amicizia verso la stessa, nello scopo di renderla non curante della propria difesa e coglierla alla sprovvista: ordinariamente gli scellerati predisposti ad un omicidio procurano invitare ad un pranzo o convito il proprio rivale, assicurandogli sopito l'antico livore, e dopo gli fanno pagare col proprio sangue la imprudenza avuta di credere alle loro ipocrite assicurazioni. La nuova legge sebbene punisce l'omicidio proditorio coi lavori forzati a vita, fa salve le pene maggiori pei casi di premeditazione. ove si potesse assodare un disegno formato prima dell' azione e commesso il reato dopo fatto passaggio ad atti estranei.*

L'aguato consiste nell'aspettare per maggiore o minor tempo in uno od in diversi luoghi una persona sia per ucciderla, sia per esercitare contro di esso atti di violenza (art. 527). L' aguato fu definito dai dottori dolosa atque fraudolenta expectatio; *epperò non sarebbe tale un passeggiore atto scoverto ed in luogo dove la vittima potevo avvertire la persona del proprio inimico e difendere. Celarsi invece da dentro un vicolo, una siepe, un albero ed aggredire alle spalle il proprio inimico ed ucciderlo senza permettergli una qualunque difesa, è precisamente quello che costituisce l'aguato nel senso della legge; la quale anche in tal caso fa salva la pena più grave che è quella di morte, ove il fatto presentasse i caratteri della premeditazione, cioè quando oltre l'aspettare un tempo più o meno breve ed aggredire la vittima nel momento che meno se lo aspettava, senza dargli agio di prevenire le offese , si assoda quel precedente disegno formato prima dell'azione costituente la premeditazione.*

lungo o più breve di questo stato di deliberazione. Se non che sempre dev' esister *prima* di quella continuità di atti interni ed esterni i quali costituiscono la catastrofe ultima del reato, o sia l'*azione*, ed un tal *prima* dev' essere non sol precedente, ma staccato da questa, il che non può intervenire che per la interposizione di atti estranei, o presunti convenientemente pel lungo trascorrimento del tempo, o rilevati effettivamente dalle diverse azioni del colpevole, specialmente quando queste possano ingenerar nell' animo altrui la fidanza ragionevole o di non essersi mai destata nel reo alcun'ira, o di essersi già l' ira rattemperata e attutata.

13. Per lo che la premeditazione deve avere una motivazion distinta dalla dichiarazione di omicidio volontario. Non è già ch' io vi richiegga sempre una quistione apposita e separata. Basta una *considerazione*, che mostri la premeditazione come inviscerata nella serie de'fatti. Ma questa considerazione deve esporre prima gli elementi di fatto fra i quali si forma un tal concetto nell' animo del reo, e poi dee riunirli, come in una somma, espressa con le parole della legge, *disegno formato prima dell' azione* 1).

14. Or gl'indizii della *premeditazione* (a) nella causa presente potrebbero, come sono esposti, risolversi anche in indizii di un omicidio, feroce sì, ma semplicemente volontario: poichè non è detto nella decisione che l' ucciso, sapendo il luogo ove dormiva quell' infelice, vi si recò per ucciderlo: l' arme micidiale non fu che una mazza: le minacce precedenti furono dell' ucciso e dei suoi contro l'uccisore, non dell' uccisore contro l' ucciso. Chi dice, che in tempo di campestri estive fatiche, un campagnuolo, qual era l'uccisore, non si fosse avvenuto per caso in lui che dormiva, e dall'opportunità di ucciderlo senza resistenza, ne avesse preso immediatamente consiglio 2)?

15. Non basta il dire: *Considerando che da ciò la fredda premeditozione chiaramente si scorge*. Da' ripetuti colpi si scorge ben altro, che un animo freddo e posato. Dovea la gran-corte nelle sue considerazioni spiegare *il disegno prima dell'azione*. La voce *premeditazione* appartiene alla *conseguenza* del sillogismo giudiziario constitutivo della decisione, o sia alla dichiarazione di reità; e la motivazione doveva esprimere le idee semplici nelle quali l' art. 351 risolve questa idea complessa, in che risiede la *minore* del sillogismo medesimo. Dir *premeditazione*, perchè vi è *premeditazione*, è una petizion di principio. Dovea dir la gran-corte: vi è premeditazione, perchè *il disegno di uccidere fu formato prima dell'azione:* nè so se ne avrebbe avuto ben d'onde 3).

16. Per queste ragioni io credo mal motivata la dichiarazione di questa qualificazione del misfatto, e perciò violato l'articolo 219 della legge organica. Dimando dunque, che ritenuti i fatti elementari, e la dichiarazione di omicidio volontario, si annulli la dichiarazione della premeditazione, perchè un'altra gran-corte, meglio seguendo le norme dell'art. 351, tolga o dia, *ex animi sui sententia*, questa qualità al reato 4).

1) Sulle regole della motivazione, v., nel n. IV i §§ 3 e segg., pag. 173.

(a) *Anche pel novello codice di procedura penale dee formarsi apposita quistione ai giurati dell' aggravante della premeditazione (art. 494.)*

2) La nostra legge penale de' 20 maggio 1808. da questa sola circostanza di essersi ucciso un uomo che dormiva, avrebbe considerato come qualità aggravante la *sopraffazione*, ed avrebbe punito l'omicidio di *morte esemplare* (art. 197). Ma le nuove nostre leggi penali han creduto troppo soggetta all'arbitrario la qualificazione della *sopraffazione*, che può estendersi ad ogni sopruso; e non ha conservata questa disposizione di rigore, se non quando vi è aggiunta la premeditazione nel far uso di mezzi preparati per opprimere chi meno se 'l pensa. Allora la sopraffazione stessa ha con sè la circostanza aggravante della premeditazione. — Più appresso, n. XIV, ne daremo un altro esempio.

3) La motivazione delle decisioni è la prima garentia della giustizia contro l'arbitrio. Questo è il primo principio di differenza tra la giurisprudenza nostra penale, e la francese. V. la nostra *Proc. penale*, parte I, § 142, parte II, § 220, parte III, § 541 e 1124 e segg.

4) Così fu deciso. — Lo stesso era stato detto da me nella causa di *Domenico* e *Pasquale Zerilli*, 16 luglio 1832, LONGOBARDI comm., LOR. SABINI avv., ove la gran-corte criminale avea solamente argomentata la premeditazione, perchè *non restava dubbio che il misfatto fu eseguito con concerto* fra i due uccisori Ma fu questo un concerto preso forse all'istante, o formato prima dell' azione? La gran-corte nol disse. Dunque ciò non motivava la premeditazione. — Nella causa del coniugicida *Angelo Cerulli*, 27 genn. 1834, CELENTANO

XIII.

Della premeditazione rafforzata da iniquo pregiudizio.

1. Signori 1), in Muro, città famosa per la tragica morte d' una più sventurata che colpevole Regina, viveva un uomo del volgo, chiamato *Giuseppe Zeccola*, tanto povero di stato, quanto abborrente da ogni onesta fatica, cupido non pertanto di cangiar fortuna, e indifferente a tutte le male arti per acquistarla. Vagava pure per colà un accattone, il quale sostenea sua vita, vendendo in segreto a' più creduli farmachi noti a sè solo, scongiuramenti e amuleti. e facendo intendere di poter tutto con l'aiuto degli spiriti infernali. E in questa età che alcuni vantano privilegiata a segno da fallirvi la massima, che il volgo è sempre volgo 2), costui avea clienti e proseliti 3); nè alcuno avvertiva, che s'egli fosse stato sì potente, non sarebbe stato sì immemore di sè, nè avrebbe mancato di cangiare in meglio i suoi luridi cenci. Assiduo più d'ogni altro gli era a'fianchi lo *Zeccola*, avido d' impararne gli arcani. E dopo un anno già credea possederli; e molti lo credevan con lui; tal che se quegli avea nome di *Zingaro* (a), lui chiamavano, più con or-

comm., Nicolini m. p., Giuseppe Notaroberti avv., la gran-corte esponeva le turpi infedeltà della moglie, la minaccia del marito poche ora prima dell'uccisione, quando non trovò lei nella casa coniugale, le minacce messe in atto quando ella si ritirò; ma non definiva che il preciso disegno della vendetta fu formato prima dell'azione; e la corte suprema annullò la definizione di omicidio premeditato. — Danneggiato *Giuseppe Gallo* ne' suoi fondi da' convicini pastori, si mette in aguato per sorprenderli. Ne sopraggiunge uno coi suoi animali: egli uccide costui. La gran-corte senza investigare, nè dire che quell'aguato era col disegno di uccidere, diede all'omicidio carattere di premeditazione. La corte suprema credette non motivata questa dichiarazione, e l'annullò. Arresto del 28 luglio 1835, Celentano comm., Nicolini m. p., Leopoldo Tarantini avv. del ricorrente. — Nella causa di *Rosa Manfrecola*, 25 luglio 1836, De Luca comm., Nicolini m. p., Gius. Portaluppi avv., la corte suprema annullò pure la dichiarazione di omicidio premeditato, *considerando che la premeditazione essendo una circostanza aggravante dev' essere motivata nella stessa guisa che il misfatto principale, e che nella specie manca assolutamente la motivazione della premeditazione*: massima che deve aversi sempre presente nelle cause di misfatti di sangue premeditati.

1) Conclusioni pronunziate all'udienza della corte suprema, 24 agosto 1836, nella causa di *Giuseppe Zeccola*, detto *lo Stregone*, Montone comm., Nicolini m. p., Leopoldo Tarantini avvocato del condannato. — L'aringa di questo giovine valoroso, la quale seppe, in un uditorio numeroso oltre l'usato e coltissimo, destar interesse per uno de' più schifosi ed orribili assassinii, fu pubblicata per le stampe, e ricevuta con applauso dal pubblico.

2) Nè dal nome del volgo voglio fuori,
Eccetto l'uom prudente, trar persona:

Piacemi usar qui le parole dell'Ariosto (Furioso XLIV, 50) il quale soggiunge immediatamente, che nè ricchezza, nè nascita, nè grado ne trasse mai alcuno,

Ma la prudenza, ma il giudizio buono,
Grazie che dal Ciel date a pochi sono.

3) Perchè in ogni tempo fanno sì facile fortuna le iattanze de' gran promettitori, particolarmente quando hanno l'arte d'involgere i mezzi dell'adempimento in qualche velo misterioso e segreto? Perchè in ogni mestiere hanno tanta voga gl'impostori? Perchè la fede che si ha in essi è tanto più salda, quanto più l'impostura è inconcepibile e assurda? Il volgo è esteso assai, e suo principal carattere è la credulità, quando si tratta d'impadronirsi del futuro, di aver pronti rimedii ai mali della vita, e di soddisfare impunemente tutte le passioni. *Quod volumus, facile credimus*. Anche in tempi, che noi chiamiamo civili, e riscattati da ogni barbaro pregiudizio, fan fortuna ed han proseliti a schiere i datori magistrali di cartoline con farmachi ignoti ed appena visibili, i venditori di fumo, gl'institutori di banchi di fortuna, ec. ec ec. Ed abbiam dritto di maravigliarci se altra volta più comunemente fra tutte le classi della società (V. la satira VI di Giovenale, v. 553 et segg.), ed oggi *in foece Romuli* facciano fortuna e proseliti gl'indovini ed i maghi? Anzi più balorda mi sembra la credulità di chi oggi pensa ottener salute o fortuna per via di nuove scoperte chiuse nel cuore di chi, senza svelarne i principii, ne predica solamente gli effetti portentosi, che non era quella di chi credeva a' circoli ed a' pentagoni magici. Il fondamento di questa credulità è in un potere sopraonaturale: vi si professa dunque l'ignoranza del principio. Ma quella si fonda sopra mezzi naturali ed umani. E perchè non instruirsi prima de' modi onde agiscono, e de' pericoli che vi sono in praticarli! Vi si corre dunque non per riflessione, ma per pregiudizio di moda.

(a) *Giusta l'articolo 437 cod. pen. sono considerati per vagabondi coloro che vagano da un luogo all'altro affettando l'esercizio di una professione, o di un mestiere insufficiente a procacciare la loro sussistenza, e coloro i quali fanno il mestiere di indovinare, pronosticare, o spiegare sogni per ritirare guadagno dall' altrui credulità*

rore superstizioso, che per disprezzo, *stregone;* il quale mescendo empiamente le cose sacre alle profane, iva già in traccia a mal fine di sante reliquie, e richiedeva un prete suo parente di dargli un *purificatoio* non appena, ch' ei lo avesse ne'sacri riti adoperato, e di mettere una pelle di talpa sotto il calice quando ei profferiva le tremende parole della consecrazione. La somma de' più riposti segreti dell'arte consisteva nel privilegio dell'impunità d'ogni più reo misfatto, la quale si sarebbe ottenuta certa, o portando addosso troncati, il pollice e l' indice di un sacerdote novello, dopo averne trattata l' ostia consacrata, o uccidendo una vergine a Dio sacrata, ma obbligandone l'anima santa a passar prima, mentre spiccava il suo volo al Cielo, tra il lezzo ed il fumo degli escrementi dell' uccisore, onde depurarli; che così depurate e santificate rimarrebbero tutte le passate e le future scelleratezze di lui 1). Orribile impasto di assurdità, di atrocità, di empietà! Le quali vagheggiate soltanto in pensiero, mostrerebbero fino a qual segno può essere corrotto il cuore da una mente corrottissima 2). Che diremo vedendole verificate?

2. Venerata per costumi veramente santi, era tenuta in Muro una monaca, uscita per motivi canonici col debito permesso dal chiostro: ella viveva con una sua germana, non meno religiosa di lei: agiate gentildonne, e già d' anni mature. Con esse convivevano due giovinette, nipoti da fratello, l'una di presso a'diciotto anni, l'altra di dodici. Se non che, prima che lo *Zeccola* acquistato avesse la fama odiosa di stregone, impietosite quelle del suo misero stato, ad intercessione del fratello di lui ch'era lor domestico, gli die-

Essi sono puniti per questo solo fotto con tre mesi di correre, ed alla stesso pena sono soggetti i vogabondi e gli oziosi che avranno contravvenuto ad una precedente ammonizione fotta loro in conformità della leggo di pubblica sicurezza. A tale pena sarà aggiunta quella dello sorveglianza della pubblico sicurezza (art. 437 modifirato dal decreto 26 novembre 1865).

Si disputa in pratira se alcuno ammonito una volta e condannato quale colpevole di oziositò, dopo scontola la peno, possa essere novellomente condannata per simile reato, ove non si dio immantinenti a stabile lavoro, e ciò senza bisogno di altra ammonizione. Noi sosteniamo la negotiva per la ragione rhe la pena estinguendo il reata, estingue il carico di oziosità per lo quole il prevenuto è stato tratto a giudizio e candannato; perchè l'oziosità essendo un reolo continua ha bisogno di una rerta serie di atti per essere costituito e perfetto nel suo genere, nè bosto all'uopo una o due giorni di privazione di lavoro, molte volte non volontorio; quindi per assicurore lo ricaduta in un preredente stato di oziosità, crediamo doversi ammonire rhi ne è fotto segno novellamente per dare fondamento legole alla seconda condanno con l'aggravante della recidiva. Occorrendo odunque un insieme di fatti per rostituiro lo stato d'oziositò, ciascun vede ron quonta leggerezza ed illegalità si procede da taluni all' arresto di persone uscite da tre o quattra giorni dal rarrere sotto un novello carico di oziositò, in bose dello prima ammanizione, e quasi fosse stota un nonnulla lo pena non è guori espiatu e la condanno sofferta, e si potesse daro la qualifica di ozioso od un individuo trovato senza lovoro in un' oro determinato del giorno· la novella ammonizione fatta al seguito di un discreto numero di giorni passati nell'ozio, è indispensobile per assodore le tendenze del già condannoto per simile reato, e per costituire la riproduzione del nuovo stato di ozio per gli ordinarii effetti di legge a suo danno.

1) Paro dal processo cbe il furbo maestro non svesse sottoposto il sao, qusnto empio, altrettanto ridevolo segreto, a sì reo condizioni, che per salvare l'onor dell'arte agli occhi del balordo scolare, credendo qnoste d'impossibile adempimento.

2) *Mola mens, molus animus* (V. ls conclns, precedente § 15). E tanto divien mala la monte por ignoransa bsrbsra, qusnlo per corruzione di civiltà, allor cbe, p. o. inveco del *rerte sapere*, si fa caso delle solligliezzo sofistiche, o prevale ogni esagerssiono al vero, dalla quale nascuno poi pregiudisii non meno orgogliosi e fatali do' pregiudizii della ignoranza e dolla barbarie. E scommettete pure che fra quei tanti i quali ors doriduno i sortilegii e lo fatture, perchè non più di moda nel bel mondo, vi ha tali cho non sono meno furbi di quel *Zingaro*, nè men balordi di questo *Zeccalo*; e se tornasso quella moda, farebbero quel-l'istesso. *Quid rides? Mutato nomine de te fabula norratur.* L'Omero Ferrarese che ne sapeva più cbe ogni altro, non obbliò quest'ingannatori e questi ingsnnati nel cerchio della Luns, dopa aver detto molto prima (VIII, 1).

Oh qusnte sono incantatrici, oh quanti
Incsntator frs noi, che nan si ssnno!
Non con spirti costretti tali incsnti,
Nè con ossorvssion di stelle fanno;
Ma con simulaziun, menzagne o frodi
Legano i cor d'indissolubil nodi.
Chi l'anello d'Angelica, o più tosto
Chi avesse quol dolla rsgion, potria
Vedere a tutti il viso, che nascosto
Da finsione e d'arte non saria.

Ma questo anello della ragiono non è dono sì facile; e spesso chi più crede possederlo, ne possiede uno non meno immaginario di quello di Angelica.

dero, per farlo faticare e vivere onestamente, un fondo loro in affitto, con la solita clausola dell'arresto personale in caso ch'ei mancasse di pagar la mercede. Ma egli avea rivolto già l'animo a ben altro che a coltivar terreni: de'frutti scarsi che gli offriva la natura non fecondata dal lavoro, si serviva per pagare il vile impostore che si avea tolto a maestro. Non potette adunque per la sua impuntualità rinnovare l'affitto, e fu citato a pagar l'estaglio de'due anni trascorsi, con la minaccia dell'arresto. Se ne sdegnò l'iniquo, e per vendicarsi concepì il disegno di uccidere le due, e rimase tanto più fiso in sì reo proposito, quanto più opportuno ei lo vide per provvedere, com'ei sperava, alla sua sicurezza personale, e nel tempo stesso eseguire l'incanto 1).

3. Era il mese di ottobre. Sapeva il perverso che il fratello dovea recarsi in campagna ad assistere per le sue padrone alla vendemmia; sapeva che due ore prima di far giorno egli dovea prender da esse molti oggetti per uso de'vendemmiatori; sapea pure che la religiosa, perchè la sorella, più male di lei in salute, rimaner soleva fino a pieno giorno nel letto, sarebbe discesa tutta sola ad aprir la casa a costui. Così avvenne. Alla voce del domestico si desta la monaca, e giù venuta schiude il portone. Che in quel atto però avesse *Giuseppe Zeccola* violentemente da sè rimosso il fratello, come costui asserisce, ovvero entrambi si fossero precipitati insieme all'opera scellerata, e se costui fosse in altro modo suo complice, oppur no, non è constato abbastanza. Solo è rimaso certo, ch'ei d'un tratto saltò addosso alla misera, e chiusale la bocca, le troncò con un rasoio il varco della parola e delle aure vitali 2). E tosto accanto a lei

foedissima ventris
Profluvies; tum vox atrum dira in-
ter odorem 3).

Alla qual voce riscossa l'altra sorella dal sonno, si sentì tosto ancor ella immergere un ferro nella gola. Delle due nipoti che dormivano nella camera appresso, la maggiore accorse esterrefatta, benchè mezza ignuda, al rumore, e riconosciuto l'uccisore al lume che immantinenti egli spense, lo assalse e lo ghermì animosa, sì che in quella oscurità spaventevole caddero entrambi colluttando sul suolo. Ei per isvincolarsi dalle braccia vigorose, e difendersi da' morsi di lei, la feria qua e là con l'arme stessa stillante ancora del sangue dell'ultima zia; ma ella impadro-

1) Ed ecco i rei frutti delle credenze popolare che alcuni in ogni tempo hanno avuto interesse di mantener vive ad onta della legge. Nella nota alla pag. 479 abbiamo fatto menzione dell'ultima causa di sortilegio ne' nostri antichi tribunali. Ella fu trattata nel 1770 a carico di *Cecilia Faragò*. (È un error di stampa il 1771: l'allegazione eruditissima del cav. Gius. Rafaelli pubblicata allora per le stampe è del 26 marzo 1770). Ma oltre al rescritto reale di cui abbiam ragionato in quella nota, merita di essere riferito un altro del 29 dicembre dello stesso anno 1770, con cui il Re disapprovando che si fosse aperto procedimento per accusa sì fatta, dichiara ch'essendosi mal ordinata la instruzione delle pruove, e commessa questa dalla regia udienza all'uditore *d'Elia* « l'udienza « non ha dritto alcuno alle *diete* (diremmo ora « *indennità*) guadagnate dall'uditore *d'Elia*; onde « vuole il Re che li ducati 400 depositati per le « medesime si dieno all'accusata *Faragò* in parte « del compenso che se le deve per li danni, spese « e disastri cagionati alla medesima con la calun« nia. » A questi si aggiunsero 1500 altri ducati che le furono pagati da' calunniatori. Essi avevano imputato ad arte magica esercitata da lei la morte di un canonico avvenuta per tisichezza. Tra i fatti magici raccolti da quel buon *d'Elia*, non era il più ridevole quello, che si era arrestato il canto e renduta rauca la voce del canonico ad un guardo che gli gettò sopra la *Faragò* in Chiesa, mentr'ei cantava sull'organo. Tosto che simili scempiaggini son credute finanche da' magistrati, qual maraviglia che le creda l'uom volgare agitato da iniqua passione, e ch'ei cerchi un mago per soddisfar questa? Tosto che si va chiedendo un impostore per prezzo, la sola ricerca è seme più fecondo de' denti di Cadmo.

2) Nella stessa eruditissima allegazione di Rafaelli si distingue la magia vana per rapir qualche soldo dal volgo ignorante, da quella che insegna veneficii ed uccisioni occulte, e che fondata su pregiudizii abbominevoli insegna a far uso di questi mezzi sanguinarii. E cita il Maffei, che nell'*Arte magica annichilita* raccoglie da tutti gli scrittori dell' antichità esempii orribili, non so se di maggiore stoltezza, o ferocia. « Di questa razza, « egli dice, furono le magie, che si punirono con « le leggi: non le fatture fatte con carmi di Ba« bilonia: furon le enormi scelleratezze che commet« teansi nel praticare quest'arte ». Se qualche legislatore trascorse a punire in generale coloro che spacciavano di esser maghi, ciò fu perchè di rado rimanevan costoro a sole apparenze da giuoco; essi non pur si macchiavano de' più nefandi reali, ma persuadendo agli sciocchi l'impunità, gl'inducevano a servirsi di polveri omicide, e di altri mezzi, che eran ben altro che magici.

3) Virg. Aen. III, v. 216 e 228.

nitasi del micidiale instrumento, lo feriva con questo alla sua volta, quand'egli le scappò di mano e fuggissi. La minor fanciulla intanto acclamava a gran voce dal balcone. Accorse molta gente; ed il cadavere esangue delle due e quattro gravi ferite. prezzo del coraggio veramente Lucano della giovine forte, *atque alvi vestigia foeda relicta* 1), formarono il fondamento della pruova generica. La riconoscenza del reo fatta da costei in giudizio, e più di questa nominazione, le tracce lasciate in viso e nelle braccia di lui dalle ugne, da' morsi, dalle ferite cagionategli virilmente dalla donzella, certificarono in *Zeccola* l'omicida. Il rimanente della pruova specifica ha chiarito la causale del reato; sì ch'egli è stato convinto di due omicidii premeditati, e condannato all'estremo supplizio.

4. Tutta la forza del mezzo per annullamento avverso questa decisione, è riposta nel seguente ragionamento.—Il fratello del condannato non è risultato complice di lui. Dee dirsi dunque che nulla di concertato era fra i due. Ma il portone non si sarebbe aperto certamente in quell'ora alla sola voce del condannato: l'opportunità al misfatto dipendeva da molte circostanze, le quali non erano in potestà sua, tal che riunir si potessero a disegno per servire al misfatto. Fu dunque il caso che le offerse a lui improvvise; ed al primo presentarsi di esse, gli dovettero balenare in pensiero e la citazione giudiziaria, ed il pericolo del carcere per debito, e la smania di diventare con l'uccisione della monaca ben tetragono a'colpi d'ogni giudiziaria ventura 2). Quell'ubbidir del suo ventre ad una sconvolta sì, ma prepotente immaginativa, poteva mai essere premeditatamente apparecchiato? E l'idea che l'occupava, di poter tutto con i magici arcani, non lo metteva forse in uno stato di perturbazione perenne, e di demenza? Vista l'occasione, il delirio della mente si rivolse ad un'azione che fa fremere ogni cuore bennato, ma che guardata con occhio filosofico non è che il traviamento di una conscienza più erronea che colpevole.

5. Vano sforzo d' ingegno! Degni di compassione e di riso, e maraviglia vana del volgo sono coloro che per via di numeri e di punti e di linee prenunziano, senza disegno di nuocere ad alcuno, le sorti future: le strade e i botteghini di lotto ne son pieni. E costoro vivono e guadagnano, sì perchè *infinita è la schiera degli schiocchi;* e sì perchè assai raro è che anche l' uom saggio non renda in qualche momento un tributo agli errori ed a'pregiudizii popolari, particolarmente se l'anima depressa cade col corpo da qualche infermità prostrato 3). Ma questa compassione e questo riso sarebber fatali alla pubblica sicurezza, non che al pubblico costume, se non si volgessero in isdegno e punizion severa contro chi allettando la credula ignoranza con arti vane, usasse poi consigli efferati o veleni per compiere una vantata magia 4). Non è in questo caso

1) Virg. Aen. III. v. 244.

2) Avvegna ch'io mi senta
Ben tetragono a' colpi di ventura.
Dante, Par. XVII, 23.

3) « Teofrasto ne' libri morali, dove disamina, « se a norma della fortuna si cangino anche i co- « stumi, e se questi, agitati da' mali del corpo, si « disgiungano dalla virtù, lasciò scritto che Peri- « cle, essendo infermo, mostrava ad un amico suo « ch'era venuto a trovarlo, un amuleto che intor- « no al collo gli aveano appeso le donne, volen- « dogli con ciò dinotare di esser molto aggravato « dal male, quando comportava sì fatta scempiag- « gine. » Plutarco nella vita di *Pericle*.

4) Nelle folte selve di Castell'a mare e Gragnano, così care agli stranieri per le belle passeggiate, per le vedute pittoresche, e per l'orezzo grato in està, gli alberi si mostrano in sì bizzarra forma al lume incerto della luna, e poi nelle notti procellose si scuotono in suoni così strani per l'eco che ne rimbomba dalle valli, che il volgo ignorante non vi è colto mai dalla notte senza terrore, e scompaginamento di fantasia. Nel 1832 fu pubblicata un'operetta dedicata a monsignor Colangelo, in cui non si dubitò affermare che l'autore, ed altri fededegni al pari di lui, aveano veduto più volte le streghe svolazzanti fra quei rami ed intente a nefandi sortilegii. Certo è però che nel 1825 vi si scuoprì una compagnia di donne che facean professione di vender filtri amatorii, e polveri arcane; e sorpreso il loro abituro, vi si trovarono figure, ossa, ceneri arsicciate, ed altre pretese malie. Ma si sarebbe mai questa rea associazione riunita, se quel popolare pregiudizio non fosse stato confermato con voci e scritti presso il volgo autorevoli? Se non che la vera malia era l'arsenico, che consegnato in segreto ad uno sciagurato il quale desiderava abbreviare i dì della moglie, ne produsse l'avvelenamento. Egli fu condannato all'ultimo supplizio, ed il suo ricorso rigettato. Arresto del dì 1 febb. 1826, nella causa di *Paolo Iovino*, Franchi comm., Celentano m. p., N. Nicolini avv. Esem.

che abbiamo soltanto negromanti vaghi di semplici fantasmagorie, nè idromanti che danno caraffine innocue per farmaco universale, nè piromanti che cangiano le cose col fuoco, nè areomanti che fan prodigi co'gas, ne'geomanti che van misurando le avventure degli uomini co'crepacci, co'seni, e colle vertigini della terra: noi abbiamo avvelenatori ed assassini, tanto più rei quanto più con la fiducia dell'impunità fortificano gli animi al misfatto. L' errore in questo condannato era di poter diventare a forza di misfatti impunito. Tanto più dunque ei doveva abborrirli; perchè ei sapeva di violare le leggi più sacre commettendoli. Contraria dunque ad ogni morale è la sua difesa: e chi può mai esser sicuro di sua vita in faccia ad un perfido, che si credesse inviolabile ed affatato? L'irresolutezza stessa della giustizia in punirlo, potrebbe fortificare un sì reo pregiudizio.

6. Quanto poi alla premeditazione, la gran-corte, giudice inappellabile del fatto, ci assicura ch'ei si partì di sua casa dietro alle poste de'passi del fratello ma armato di rasoio e di coltello con disegno di ucciderne, se l'occasione gli era favorevole. E l'art. 351 delle ll. pen. annovera fra gli omicidii premeditati, quello di cui si faccia dipendere l'esecuzione dal concorso di qualche circostanza o condizione: *si modo ejus mentis sit, ut occasione data id commissurus sit* 1).

7. Per queste ragioni io dimando in nome della legge il rigettamento del ricorso 2).

XIV.

Che s' intenda per causa proporzionata ad un misfatto premeditato.

1. Signori 3), di nuovo genere di atrocità mi convien oggi far parola, e dar materia a tristi riflessioni sulla perversione dell'uomo, quand' ei non ha più freno di religione nè di pudore. L'omicida che condannato all'estremo supplizio ricorre a voi come a speranza ultima di sua salute, vi espone per mezzo del valoroso suo difensore, che niuna offesa egli aveva ricevuta dall' ucciso, e che perciò niun desiderio di vendicarsi poteva sorgergli nell'animo; ch'erano entrambi sì l'uno sicuro dell'altro, che dormivano tranquillamente vicini in quella notte fatale; che i cooperatori alla morte di quell' infelice erano giovinetti, nuovi ad ogni reato; e che perciò il funesto avvenimento fu più un giuoco indiscreto, che un premeditato misfatto. Ma per quanto si attenui l'orrore dell'avvenimento, ne rimane pur tanto, da contristarne il cuore il più risoluto, ed atterrirlo.

2. *Domenico Barberio*, figlio di un contadino comodo di terreni e di bestiami, spiegò assai per tempo un' indole sì superba e feroce, ch'era temuto da tutta la

pio grave, ma che per timore non influisse sul pregiudizio a danno di chi ne traeva profitto, produsse nel 1832 l'operetta sopra citata. Non sarebbe stato meglio l'insegnare quali veramente erano gli arcani venefici che quivi si professavano? Ma questo non avrebbe prodotto alcun profitto a chi vantava aver l'arte di combattere scongiuramenti rei con buoni scongiuramenti, e la magia nera con la bianca. *Quid non mortalia pectora cogis, auri sacra fames?* non si mescoli o per principio, o per mezzo, o per fine un qualche pregiudizio. Rettificata la mente, si rettifica necessariamente la volontà, e spariscono o almeno diminuiscono i misfatti. Ripetiamo sempre che i lumi umani anche hanno i loro errori, fonti di reati, ma questi son sempre minori, e meno atroci di quelli della barbarie e dell'ignoranza; dell'ignoranza che criterio non ha, che da pochi, non da tutt'i fatti giudica, che a molte preconcette opinioni, a molti errori di mente, a molte picciole passioni in picciola sfera raggirantisi soggiace. Parlano di semplicità, e di non so quale natio candore. Ma la più grande di tutte le semplicità è credere che con la semplicità non vi possa essere perfidia o falsità. BOTTA, *Prefazione*.

1) L. 225 *De verb. sign*

2) Così è stato deciso. — V. nel n. XVI, pag. 119. il caso d'un omicidio commesso per liberarsi dalla *iettatura*, altro pregiudizio appo noi, per lo più sollazzevole e fonte di giuochi e di riso, ma che talvolta partorisce ree conseguenze al pari di ogn'altro pregiudizio. E quanti ne produce il falso punto d'onore? Quanti il pregiudizio del grado? Quanti quello di poter tutto con l'oro? Se scorriamo gli annali de' più atroci misfatti, particolarmente se sono premeditati, non ne troveremo alcuno in cui

3) Conclusioni all'udienza del 25 gennaio 1837, nella causa di *Domenico* e *Pietro Barberio*, FRANCHI comm., NICOLINI m. p., GIUSEPPE PISANELLI avvocato.

contrada come capace di ogni eccesso. Giovine, congiunto a giovine sposa, non rispettava il suo talamo coniugale più che l' altrui: se non che i suoi adulteri voti erano più che ad altre, rivolti ad una, cui non poteva aver accesso nelle ore di assenza dell' inconsapevole marito, senza essere osservato dal capo de'guardiani della mandra paterna 1): questi è descritto da tutti i testimoni del processo, non solo qual uomo attentissimo a'suoi doveri e fedele alla famiglia in mezzo alla quale era nato, ma qual esempio dell'antica semplicità di costumi, e della ingenuità pastorale descritta da Teocrito e da Meli. Per lo che mal dissimulava la sua disapprovazione per le sregolatezze lascive del giovine padrone. Di là il sospetto in costui, ch'ei volesse rivelarle al padre ed alla moglie. Quindi cominciò a maltrattarlo: ma avvezzo il buon mandriano a così soffrirlo fin da fanciullo, continuava a servire con pace, contento a qualche avvertimento religioso che di quando in quando con mozze parole gli faceva. Ma l'altro misurando dal suo il cuore di lui, quanto più cercava con giornaliere ingiurie avvilirlo, tanto più temea ch' ei volesse vendicarsene, e nuocere a lui irritandone i suoi, e nuocere all'amata aprendo gli occhi al marito; sì che più volte palesò apertamente a costei, che volea disfarsi di sì importuno testimonio.

3. Il bestiame della sua famiglia era diviso in tre grandi ricoveri, formati in campagna l' uno presso dell' altro: egli e due suoi fratelli minori dormivano talvolta in uno di essi; in un altro gli altri pastori; in quel di mezzo il pastore odiato: il quale ei sapeva, che stanco delle fatiche del giorno, solea prendere sonno sì tranquillo e profondo, che mostrava perduto ogni senso, e fuor che il grido degli animali datigli in custodia, ogni altro scuotimento o remore era estraneo per lui. L'iracondo padrone ne lo riprendeva spesso aspramente, e lo invidiava; ma lo stato della coscienza de'due era troppo diverso.

4. E così in quel casolare di mezzo, in una notte estiva dello scorso anno, riposava di sè sicuro l' addormentato custode. Ma nell' abituro a sinistra non dormiva l' iniquo: egli ne usciva, e vi rientrava smanioso, porlandosi incessantemente a spiarlo. Finalmente assicuratosi che per niuna scossa si sarebbe destato, prende una fune, renduta già meno scabra, e più pieghevole dall' uso, e va a legargliene le braccia ed i piedi, perchè non potesse più distendersi nè rizzarsi. Quindi del capo d' un' altra fune più lunga gli fa un cappio alla gola, e montando su d' una scranna rurale, ne getta l' opposto capo alla trave che sosteneva il tetto. Preparato ciò, chiama i due suoi fratelli; mette l'un d'essi, giovinetto di quattordici anni, alla porta, per impedir l'ingresso ad ognuno; ordina all'altro di tirare a sè il capo della fune che scorreva su per la trave, mentr' egli preso vigorosamente quel corpo, chè sì somigliava ad un morto, lo solleva alto di terra. Allora il misero si destò dal mal sonno; ma gettato il sol grido, *Madonna aiutami*, era già pensolone e spirante, quando ei gittatosi sul capo della fune raccomandato al fratello, fece tal forza su d' esso, che il corpo già quasi esamine, il quale in aria cercava invano, più per macchinal movimento, che per riflessione svincolarsi, elevò sino al sommo. Allora legò il capo medesimo ad altra trave, e con minacce furibonde corse sulla porta ad allontanarne gli altri pastori. Ubbidito per tema, si sedette il carnefice a contemplare con orribile gioia gli ultimi moti e gli ultimi aneliti di quell'infelice. Nè di là si mosse, che dopo un'ora e mezza, quando fu più che certo, che era compiuto il fato della sua vittima.

5. La gran-corte criminale non ha trovato pruova alcuna di concerto tra i fratelli; anzi non ha creduto che il minore de' tre fosse complice del misfatto, avendo ubbidito per tema al reo fratello con intrattenersi sulla soglia del casolare. L'altro è stato dichiarato complice, ma senza premeditazione: quindi è stato condannato al minimo del secondo grado dei ferri, come se anche senza la cooperazione di lui il misfatto sarebbe stato commesso: il che, se non vogliam dire abuso scandaloso del criterio morale, è certamente u-

1) *Gualano* nel dialetto della provincia: forse da *gualdrado*, voce antica, indicante *signore*. Così per contrario, *Archimandrita* dinotò in prima *capo della mandria*, e poi fu voce di superiorità e di onore fra i religiosi.

na benignità che il caso atroce non esige. *Domenico* è stato dichiarato colpevole d' omicidio premeditato, e condannato alla decapitazione.

6. Le antiche nostre leggi, e la legge penale de' 20 maggio 1808 punivano di morte esemplare l'omicidio commesso con prodizione, con sopraffazione, con insidie, con simulazione di amicizia, con abuso di di ospitalità o di qualunque confidenza, o con qualunque mezzo che l' ordinaria buona fede degli uomini non permetteva che l'ucciso sospettasse 1). Il codice penale francese, già per qualche tempo in uso fra noi, punisce come colpevoli di assassinio tutti quei malfattori, qualunque sia la di loro denominazione, che per l'esecuzione dell' omicidio impieghino tormenti, o commettano atti di barbarie 2). Tutte queste circostanze sono orribilmente riunite in quest'omicidio, che sì fa fremere l'umanità e la natura. Le nuove nostre lèggi non le disprezzano, ma vi esigono la premeditazione. E qual uccisione è più premeditata di questa? La gran-corte mette nella più chiara evidenza il replicato proposito di uccidere esternato dal reo: descrive lui in aguato per più tempo, ed entrare ed uscire onde farsi certo dell'opportunità ad eseguire l' iniquo disegno: deliberando fra sè, egli avea statuito nel suo cuore di uccidere il suo guardiano: ancorchè volesse credersi che questa deliberazione non fosse stata determinata irrevocabilmente che al cadere del giorno che precedette quella notte ferale, è sempre evidente il disegno formato prima dell'azione.

7. Ma la causa a delinquere, si dice dal difensore, non è che un vano sospetto. Qual proporzione vi è fra questo, ed un effetto così straordinario? Esso si spiega più agevolmente, considerando un uomo, immorale sì, ma non preoccupato da desiderio di sangue, che prima lega un uomo per giuoco, e poi l'uccide per subita ferocia. Se avesse premeditato l'omicidio, ne avrebbe precedentemente renduti consapevoli i due che agirono con lui.

8. In primo luogo però è qui da ripetere ciò che uno de'più profondi conoscitori del cuore umano avverte 3), esser naturale che dietro al sospetto viene l'odio; dietro all' odio le offese; con le offese il timore del risentimento e della vendetta; la memoria infine delle ingiurie, maggiore senza dubbio e più implacabile in chi le fa che in chi le riceve. Così quel che in prima non fu che sospetto, fa poi altre radici, e diventa altro umore, al quale in altri veggiamo ogni di conseguitare la congiunzione e la intrinsichezza con gl'inimici di chi si offende, e i disegni non solo di assicurarsi, ma ancora di guadagnare della rovina dell'offeso. Quest'ultimo oggetto mal potea verificarsi nel caso di cui ragioniamo. Ma il disdegno di non poter render complice delle sue laidezze un cuore sì probo, l'orgoglio offeso dal dover temere la disapprovazione d'un suo servo, la dissimiglianza de'costumi, ne' quali ei si vedeva da lui vinto di tanto, ecco i mantici iniqui dell'odio scellerato, ecco le cause del disegno feroce, tanto più pertinace, quanto più inattaccabile e prepotente egli ambiva comparire agli occhi dell' adultera. Ella stessa ha giurato in pubblica discussione in faccia a lui; che in mezzo a que' furori invano ella cercava ammansirlo, benchè avesse riputato sempre le sue minacce, più sfogo di superbia vana, che proposito di animo profondamente scosso e capace a metterle in atto. Ma egli le ha messe effettivamente in atto, e nel modo il più efferato e truculento. Per gli effetti apparisce, che le sue parole a costei, non erano iattanze vane, ma svelatrici d' un reo proposito, e d' un vero disegno formato prima dell'azione. Negli animi ben composti l' altrui sospetto è nulla; anzi è causa ond'essi, non che solo abborrire il male, si sottraggano con cura di ogni apparenza del male: ma negli animi corrotti o feroci genera il dispetto e l' ira, e quindi le insidie atroci e l'abuso d'ogni dritto. Quando mai finiremo di supporre ne'cuori perversi il calcolo e la prudenza della virtù e della ragione, che pure negli uomini saggi è sì raro 4)?

9. Io dimando in nome della legge il rigettamento del ricorso 5)

—

1) Art. 197, ll. 20 maggio 1808.
2) Art. 303, cod. pen. fr.
3) GUICCIARDINI, *Storia*, lib. XVI, cap. 5.
4) V. sup. il n. XI, pag. 565.
5) Così è stato deciso.

—

XV.

Altra uccisione premeditata, onde servire ad un atroce pregiudizio. — *V. il n. XIII.*

1. Signori 1), è singolare la filosofia di alcuni, i quali s'irritano contro le passioni naturali, pronti sempre a scusare negli uomini profondamente perversi gli effetti del pregiudizio; quasi che un errore di mente, per secondare il quale si va volontariamente ad un misfatto, renda sempre erronea più che colpevole l'azione. Ma chi è che non escusi e non compatisca l'ignorante e lo sciocco, s'ei non pensa, non può pensare come Socrate e Galileo? Chi è che voglia menarlo in giudizio, e condannarlo per una fantastica speranza, o per un risibil timore? Ma se egli per verificare la speranza fondata su d'un pregiudizio, sagrifichi all'idolo ch' ei si forma in pensiero, la vita d'un innocente, non sarà forse più rea di chi sagrifica all'amor suo il rivale, o l'emulo alla sua ambizione? Le leggi penali non puniscono le passioni ed i pregiudizi innocui: calmar quelle, ed illuminar questi, appartiene alle leggi amministrative sostenute dalla religione, e propagatrici della instruzione e della pubblica morale. Ma quando per soddisfare una passione si ascolta il pregiudizio che persuade un misfatto, lo stravolgimento della mente va a paro con quello del cuore, nè per animi così corrotti può esservi altro freno che la minaccia della pena, compagna inesorabile, non della rea cogitazione, ma del fatto criminoso.

2. In Fossaceca, terra popolosa, e nell'Abruzzo chietino non ultima per agricoltura, per industria, e nella classe più agiata per un certo fiore d' instruzione, viveva un contadino, povero di fortuna, ma avido di salire senza travaglio a ricchezza che lo mettesse in gran stato. Ecco una passione immoderata, che la morale religiosa e civile rintuzzano, ma che ritenuta in questi confini, le leggi penali possono perdonare.—Intanto correa fama tra il volgo, che là presso, in erma campagna, fra i ruderi di antico edifizio si ascondesse un tesoro; e dava a ciò fede il continuo rinvenirsi sotto il vomero e la vanga, non lungi di là, come per tutto il territorio Frentano, vasi, statuette e monete di pregio. Chi non sa l'opulenza e lo splendore antico di quella regione? Ma siccome il suolo di quel castello era stato tentato invano da molti, così negli animi superstiziosi del volgo sorse la credenza, che quivi, a guardia del tesoro, vegliasse una potestà infernale: il che rendea molti, non che le femminette, timidi ad accostarvisi di notte: pregiudizio fin qui innocuo, e degno solo di disprezzo e di riso.

3. Ma il nostro amatore di far suo l'immaginato deposito, vi andava spesso a spiare, e farvi scavi di nascosto; e gli pareva a' colpi della sua zappa rispondesse un cupo rimbombo, e rumor di catene, e voci sovrumane, le quali poi ne'notturni suoi sogni ei traduceva in promesse del tesoro a condizione di dar l'anima al reo spirito custode. E continuamente andava ruminando quel che anni addietro gli avea rivelato un mendicante, tenuto da lui per cava-tesori e per mago, che ciò si sarebbe fatto sempre indarno, se non si fosse sagrificata a quel demone un'innocente bambina: chè non era egli uno di quelli che si contentano di vane promesse; voleva un fatto atroce che le suggellasse col sangue. Nè a questa idea fu mai l'iniquo compreso d'orrore, anzi vi affissava e sempre più vi abituava il pensiero; sì che andò più mesi attorno nella speranza di trovare qualche infelice esposta, per rapirla, ed effettuare il disegno. Quando le sue ricerche gli tornarono vane, si volse ad una bambina di cui la moglie di recente lo avea fatto padre; ma l'amor materno salvò la pargoletta da'furori del perverso consorte, atterrito dalla minaccia di veder disvelato alla giustizia il suo infame proposito.

4. Non però ei cangiollo. Un giovine

1) Conclusioni all'udienza del dì 4 giugno 1838, nella causa di *Paolo Stante* ed *Amodio Camplese*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Leopoldo Tarantini e Niccola di Giovanni avv. de' due condannati.

men povero di lui, nè meno indifferente ad ogni eccesso, amava, se amor può apprendersi in cuor sì brutale, e richiedeva in isposa la sua figlia maggiore. Qual dote io posso darti, ei diceva, e qual bene in tanta tua povertà tu speri dal matrimonio? E confidava lui i suoi arcani, e lo sollecitava, come condizione e premio delle nozze, ad essergli aiutatore nell' orribile progetto. E costui, già divorando in mente la sua inaspettata fortuna, rispondeva essergli ciò facile, perchè la moglie di un suo cugino si era sgravidata di fresco. Ella solea dormire còl marito in un tugurio, la cui porta in quelle notti estive lasciavano aperta: il solo guardiano, gli era familiare; ed il perfido andava considerando, che questo, vedendolo entrare, non gli si sarebbe opposto, sol che in qualche notte antecedente gli si fosse presentato accarezzandolo per farne la pruova. Così per l'uso esecrando avrebbe francamente rapita l'innocente bambina.

5. E così fece. La bambina fu rapita; fu portata a gran passi sul luogo disegnato; e quivi evocando lo spirito d'abbisso, dietro le empie voci: *dacci il tesoro eccoti le nostre anime*, la scannarono su d' un muricciuolo, altare a'carnefici. Ma invano dall'inferno lungamente invocato aspettarono alcun segno. L'inferno vero con tutte le sue furie era loro nel cuore. Non pertanto cominciarono a svolgere il terreno, ma con mani incerte e tremanti; perchè un gelo mortale scorrea loro per le ossa. E tra loro si guardavan sorpresi, e poi si rimproveravano l'un l'altro a vicenda, non solo di viltà, ma di avere alla prima vista di quel sangue innocente, e più all'orrore dopo il sagrifizio, trepidato, ed invocate le anime del purgatorio; invocazione che avea rotto l'incanto. Da'rimproveri si venne alle minacce, dalle minacce alla rissa. Intanto si destò la misera madre, e steso il braccio verso la culla, si avvide che la figlia non v'era. Sveglia il marito;escono mezzo ignudi per la campagna; destano i pastori ed i coloni vicini; chi corre di qua, chi di là, fino a tanto che si avvengono ne' due, già alle prese, e ciechi d'ira fra loro. — Confessi costoro e convinti d'omicidio premeditato, sono stati condannati all'ultimo supplizio.

6. È nuovo forse negli annali criminali ciò ch'è avvenuto in questa causa: il più vecchio de' due non solo nella pubblica discussione ha ripetuta fil filo la orribile istoria innanzi a tutti i giudici ed al pubblico inorridito, ma nè anche guarito allora di mente dal suo instante pericolo, è stato pertinace a segno nel suo errore, che ha attribuito all' invocazione sacra del compagno la trista riuscita dell'affare. Da ciò deduce il suo difensore, ch' egli sia più demente che reo. Ma interrogato dal presidente se in far rapire ed in uccidere quella bambina, egli avesse veduto tutto l'orrore del suo misfatto, ha pur confessato ch'ei lo vide benissimo, e che lo volle, tenendo per certo di cangiar fortuna. Così avea detto innanzi a tutti coloro che lo sorpresero; così avea ripetuto il di seguente nel suo primo interrogatorio innanzi al giudice del luogo. Nè mai prima, nè dopo il fatto egli ha mostrato alcun segno di quell'alienazione di mente che sovverte ogni sentimento, e toglie in tutto, o almeno sconvolge ed oscura la coscienza delle proprie azioni. Non dunque di demenza o furore, a' termini dell'art. 61 delle ll. penali, ma di profonda e più che infernale malvagità dee parlarsi in questa causa 1). Certo (son parole del MANZONI) certo se in alcun caso par che si possa attribuire in tutto l'errore all'intelletto, e scusarne la coscienza, egli è quando si tratti de'pochi, nella vita interna de'quali appaia un obbedir risoluto alla coscienza, non quando tutto si fa ad un fine criminoso dal quale abborre ogni coscienza. Siamo noi forse in quello o in questo caso? Ignoranti e pregiudicati, e malvagi insieme oltre ogni umano confine, troveranno scusa della malvagità la più sagrilega, sol perchè sono pregiudicati e ignoranti?

7. So che non manca chi si compiace ripetere, che quanto son minori le conoscenze ed i lumi, tanto meno si conoscono gli oggetti che possono servir di motivi al male, o di mezzi onde commetterlo. Quindi è che molti credono anch'oggi pericoloso il progredimento della civiltà, e parlano della ignoranza, come d'uno stato di pubblica beatezza. Ma l'età dell'oro non è che nella fantasia de'poe-

1) V. la nostra conclusione, n. XVIII, pag. 220.

—

ti. Per fermo, a proporzione dell'avanzamento della civiltà, svaniscono e diventan rarissimi i reati, almeno questi de' quali siam costretti a parlare, fomentati da assurde credenze. E chi non sà, che a' più grandi misfatti è assai sufficiente il più picciolo grado di conoscenze comuni? L'uomo il più ignorante ne ha già troppo per volgerle a male con la più fina industria, e co'mezzi men facili ad esser preveduti. Solo può dirsi che dove in un popolo grossolano sono assai maggiori di numero i misfatti di violenza prodotti da passioni brutali, in un popolo colto cedono questi il luogo a'reati di accorgimento e d'intrigo. Chi però non osserva, se anche volesse credersi nelle due epoche di barbarie e di civiltà, uguale il numero de'secondi, chi non osserva, che il danno e l'allarme pubblico è sempre assai minore pei secondi, che pei primi; e che diversificando i mezzi della malvagità, si vanno gradualmente sostituendo a quelli ch'erano spaventosamente nocevoli, quelli che lo son meno, e che meno attaccano la pubblica sicurezza?

8. Certo è che in proporzione che i lumi son più diffusi, manca col mancare de' pregiudizii un gran fomite di orribili eccessi. Simili nel loro principio motore, o analoghi a questo di cui ragioniamo, tai misfatti eran frequenti altra volta in Europa e forse meno che altrove, in Italia. Usciti già dalla nostra memoria, oggi per stranezza di moda ci sono riportati innanzi da alcuni romanzieri 1); ma non son tornati a funestare i nostri giudizii che nel caso di qualche scellerato balordo, uscito delle classi più vili. E questi due condannati sono del numero. Or se costoro fossero stati due cultori di scienze naturali, che per conoscere meglio lo svolgimento degli organi vitali nell'uomo, avessero tolto via un fanciullo vivo con frode, e poi indifferenti a'vagiti di quell' essere innocente, lo avessero messo co' loro ferri in brani per osservarne le viscere palpitanti, potrebber essi mercar scusa alcuna dal pensiero loro predominante di rapire alla natura i suoi segreti e coglierla sul fatto? Che diremo di due miserabili che ciò fanno, spinti da un pregiudizio orribilmente superstizioso, per solo fine di arricchire, congiungendo l'empietà sagrilega al più truce e proditorio assassinio?

9. Io perciò dimando in nome della legge il rigettamento del ricorso 2).

XVI.

Degli omicidii, la di cui causale sarebbe stata escusabile senza premeditazione. — *Art. 351 ll. pen.* — Discussione sugli articoli 202 e 204 pr. pen.

1. Signori 3), scuso volentieri chiunque in udir la causa presente sia rimasto commosso alla trista istoria di questa sciagurata. Villanella di diciassette anni, e di maniere, non che pudiche, schive e disdegnose, fu sempre tenuta onesta, quanto bella, finchè amante riamata non diede l' imperio di sè ad un giovine di poco maggior età della sua, il quale volea farla sua sposa. E la madre di lui, buona ed agiata contadina, non era avversa alle nozze; chè ben sentiva di aver qualche colpa a sì fatti amori; perchè quella fanciulla, poverissima di fortuna, era stata da lei accolta ed accarezzata e nudrita come figlia in sua casa: anzi fin da'primi anni del figlio ella si era compiaciuta di vederli compagni ne' giuochi fanciulleschi, e ne' primi loro campestri lavori; nè fatti adulti impediva che trattassero insieme come fratelli. Ma il marito, non sì tosto ebbe scorto il pensiero

1) I romanzieri, particolarmente gli educati in quell'*oudoce scuola boreole*, di cui parla Monti, affettano con singolare compiacenza di raccoglierne e pubblicaroe le più straoe memorie, sì che omai

Le Grazie anch'esse (orrendo a dirsi!),
Senza il cui riso nulla cosa è bella,
Corser proscritte e fuggitive il campo
Ai Lemuri e alle streghe.
Sermooe sulla mitologia.

2) Così è stato deciso.

3) Conclusioni all' udienza del dì 22 di aprile 1839, nella causa di *Fortunata Pignatelli*, Montone comm., Nicolini m. p., Gennaro di Filippo avv. della ricorrente.

della moglie e del figlio, montò in gran furore, perchè la giovine non potea recare a costui altra dote, che un cuore passionato, ed una tal quale svelta robustezza di persona, atta a qualunque domestica fatica. La scacciò di casa, la svillaneggiò pubblicamente più volte con nomi turpissimi, giunse finanche a batterla e schiaffeggiarla in piazza, e minacciarla di peggio, so più l'incontrava. Le quali contumelie penetravanle troppo addentro nell'anima, perchè il ventre crescente accusava nella misera di dì in dì più manifesta la iattura della sua innocenza. Del quale novello suo stato fatto certo anche colui, la denunziò qual prostituta, e mescendo a questa infamia altre calunnie, la fè chiamare innanzi all'autorità del luogo ed esaminare, e trattenere più giorni fra gendarmi ed uomini di polizia in un corpo di guardia. Allora sì, ch'ella non conobbe più freno nè misura. La perdita dell'onore non riparabile prontamente con un nodo, di cui già si dileguava con tanta vergogna di lei la speranza, le rendeva insopportabile la luce degli uomini. Venduto qualche femminile ornamento dono dell'amante, comprò una pistola, ed errando sola e rabbiosa pei boschi vicini, assuefaceva la mano a quell'arme contro le lucertole e contro i conigli. Quando già fu sicura di ben assestare i suoi colpi, si mise in aguato in un bivio dove passar doveva il suo fiero persecutore. Nè molto lo attese. Al vederlo spuntare, gli va contro furibonda, gli scarica il piombo mortifero al petto, e lo lascia nel sangue.

2. Arrestata poco dopo, è stata convinta di omicidio premeditato, e condannata alla pena di morte. La sua età nel momento del misfatto avea di già, benchè di poco, varcati gli anni diciotto. Così non può ricevere alcun sussidio dall'art. 66 delle ll. pen. 1). Il giovane valoroso cui venne affidata la difesa di lei, ha sostenuto qual primo mezzo di annullamento, la mancanza nel fatto de' caratteri legali della premeditazione: ha messo in veduta le soperchierie e le ingiurie, provocatrici naturali, se son giuste, dell'ira: ha cercato mostrar casuale, e non per aguato, quell'ultimo incontro. Ma il giudice del fatto lo ha sventuratamente estimato altrimenti: il risultamento della sua convizione non è soggetto a ricorso 2). E data per vera la preparazione dell'arme, e lo ripetute pruove onde addestrare il braccio inesperto a maneggiarla, e l'aspettare per qualche tempo l'individuo odiato con l'arme stessa già caricata per dargli morte, la causa presenta fatti troppo patenti onde dedurne il disegno formato prima dell'azione 3). Le percosse e le ingiurie sono di altr'epoca: lo ultime e più gravi precedono di quaranta giorni il misfatto. In tutto questo frattempo l'accusata non fece che eccitarsi sempre più alla vendetta, confermarsi nel suo proposito, e prepararsi ad eseguirla. Niun misfatto all'incontro può essere scusato dalla provocazione, se non quando la conseguiti *in continenti* 4). L'omicidio premeditato non è mai scusabile 5). Ed invano mi si mette innanzi una opinione data fuori da me stesso innanzi alla pubblicazione della legge, che potrebbe meritare qualche minorazione di pena chi per causa fortemente scusante premediti una vendetta 6). Pubblicata la legge, merita d'essere rogistrato tra i folli chi presume d'esser più savio del legislatore. Questo motivo adunque parmi che possa destar solamente una inutile compassione, che il magistrato forte debbe incontanente reprimere 7).

3. Più efficaci io trovo i due motivi che sostengono violato il rito in parti essenziali. Tra i testimoni a discarico l'accusata dimandò, che venisse citato lo stesso suo amante. Costui era stato arrestato prima di lei, per sospetti di complicità, qual istigatore del fatto. Fu però liberato prima del giudizio, benchè non definitivamente. Egli era figlio dell'ucciso; ma non aveva vincolo alcuno di parentela con la accusata, non ne era l'avvocato, non il denunziante pecuniariamente ricompensato, ond'essere cassato dalla lista de' testimoni a' termini dell'art. 202 della pro-

1) V. le nostre conclusioni, n. XI, pag. 82 e n. XVI, pag. 218, nelle quali abbiam ragionato dell'età, sotto l'aspetto di circostanza attenuatrice della pena ne' reati de' minori.
2) Art. 292 pr. pen.
3) Art. 351 ll. pen.
4) V. le nostre conclusioni n. XIX, pag. 127.
5) Art. 385 ll. pen.
6) V. il n. XI, § 17, pag. 382.
7) E sol nel petto
Sente, ma tosto il seda, un picciol moto.
Gerus. XIII, 33.

cedura penale 1). Doveva dunque essere chiamato a deporre, come statuisce l'art. 204. La sua qualità di figlio dell'ucciso, non meno che la propensione del suo cuore verso l'accusata, non potevano che entrare nel calcolo della fede della sua deposizione. Non pertanto la gran-corte vietò che fosse citato, perchè sospetto di complicità. Così ha aggiunto un' altra eccezione all'art. 202. La stessa legge di procedura del 1808 sì feconda di repulse, ammette sempre per testimoni i sospetti di complicità, benchè senza giuramento: se non che di questa specie di detti vuole che il giudice si serva come d'instruzione nel valutare la verità delle altre pruove. Contro di un tal divieto fatto dalla gran corte, vi è protesta per annullamento. Parmi evidentemente violato l' art. 202, non meno che l'articolo 204 pr. penale.

4. Oltre a ciò, il ferito sopravvissuto qualche giorno al colpo, fece tre successive dichiarazioni. La seconda è più particolareggiata, sì per la causale del misfatto, e sì per l' aguato. Di questa seconda la gran-corte fa nominatamente menzione nel suo ragionamento. Ma essa non era stata letta nè esaminata nella pubblica udienza. Violato è dunque l' articolo 293, ov' è statuito, che alcun fatto non può essere espresso nella decisione, che non sia stato esaminato nella pubblica discussione, menocchè non si tratti di fatti non messi in controversia. Or certamente l' aguato era negato costantemente dalla rea, non che controvertito; e questo aguato prende forma e si sostiene nella decisione, soltanto per la seconda e più nimichevole, benchè non letta nè discussa, dichiarazione dell'ucciso 2).

5. Richiedo adunque che il primo motivo sia rigettato, e che ammessi gli altri due, si annulli il procedimento con la decisione dal termine delle ventiquattr' ore in avanti 3).

—

XVII.

Riproduzione della stessa quistione trattata al n. X.

Art. 193, ll. pen. e 447 pr. pen.

Ad onta di molti arresti uniformi pronunziati dalla corte suprema sulla quistione, se *la ritrattazione di cui parla l'art. 193 delle ll. pen. sia utile quando è fatta nel giudizio penale di falso dopo l'atto di accusa,* pure la giurisprudenza non se n'è ancora uniformemente fissata. Si è presentata recentemente in corte suprema la quistione stessa, nella quale ho dovuto di nuovo ripigliar la cosa da' principii con le seguenti conclusioni. In essa abbiam cercato prevenire tutte le difficoltà, particolarmente nel confronto del detto art. 193 con gli articoli 446 e 447 pr. pen.

—

SOMMARIO

I. Stato della quistione, § 1.
II. Testo dell'art. 193. — I suoi confini non sono nella qualità della carta falsa, bensì nella condizione della ritrattazione, § 2.
III. Questa condizione è duplice, § 3. — I, la ritrattazione dev'esser fatta prima della sentenza terminativa del giudizio nel quale fu instruito o prodotto il falso; II, dev' esser fatta nella sede stessa di questo giudizio, e non nella sede di quello della falsità della carta, § 4.
IV. Ragioni desunte dalla condizione necessaria ad ogni pentimento onde sia efficace, § 5. — Ragioni, *ex absurdo*, § 6. — Ragioni dalla qualità diversa degli attori ne' due giudizii, § 7.— Ragioni dal caso in cui la carta falsa fosse stata prodotta in un giudizio penale, § 8.
V. Niuna differenza per l'art. 193 è che la scrittura falsa sia pubblica, o privata, § 9.
VI. Benefizio particolare per le scritture private, § 10. — Mezzi che ha il danneggiato onde non sentir danno da una falsità ritrattata, § 11 a 14.
VII. Applicazione della teoria alla causa, § 15.

1) V. il n. IX, pag. 73.

2) Se però dal contesto del verbale della pubblica discussione o della decisione può ragionevolmente arguirsi che la lettura di una fra più dichiarazioni d'un testimonio sia stata fatta, ad onta che non sia stata espressamente indicata nel detto verbale, o sia mentovata nella decisione, la nullità non regge, particolarmente ove questa dichiarazione che si dice non letta, non è stata accolta come vera, ma rigettata come mendace. Arresto del 24 febb. 1840, nella causa di *Niccola Massaro*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p.

3) Così è stato deciso.

—

1. Signori 1), nella causa di cui ci occupiamo, abbiamo un uomo giudicato per falso in privata scrittura presentata da lui in un giudizio civile. Al cominciamento del giudizio penale, ei fu citato a dichiarare se intendeva far uso o desistere di far uso, del documento. Egli dichiarò che intendea servirsene. Così si aperse l' instruzione; ed accusato il reo formalmente ed arrestato, egli in vista delle pruove raccolte, si ritrattò nel suo constituto; e poi in tutto il corso della pubblica discussione ha continuato a menare innanzi la sua ritrattazione, invocando il beneficio dell'art. 193 delle ll. pen. Il ministero pubblico vi ha dissentito: la gran-corte glie lo ha accordato. Il ministero pubblico ne ricorre a Voi.—Tutta dunque la quistione è della estensione e de' confini di quest' art. 2).

2. Esso è così conceputo: *Il falso testimone, egualmente che la persona che ha formato o scientemente prodotto una carta falsa, se si ritratti prima della decisione o sentenza, sarà punito col primo al secondo grado di prigionia, quante volte per la falsità sarebbe punito di pena criminale.* Non importa dunque che la carta falsa soggetta a pena criminale, abbia sembianza di fede di credito, di polizza notata in fede, o di ordine del Re o dei suoi ministri segretarii di stato, o di registro pubblico, o di decisione o di atto pubblico notarile, o di scrittura di commercio o di banco privato, o di scrittura privata: benchè le pene di queste varie falsità trascorrano dal sommo all'imo tutta la scala penale 3), la legge è sì clemente, che in qualunque di esse l'uom cada, a chi si ritratti non dà maggior pena che di sei mesi a due anni di prigionia. L'estensione dunque della benignità dell'art. non è ristretta dalla qualità della carta, nè dal fine e dall' oggetto del reato: i suoi confini sono solamente nella condizione che vi si richiede.

3. E duplice è questa, perchè guarda in prima il tempo, e poi la sede della ritrattazione. Il tempo della ritrattazione dev' essere anteriore alla sentenza o decisione definitiva nel giudizio o penale o civile ove il falso fu instruito o prodotto: la sede non può esser altra che quella di questo giudizio medesimo.

4. Imperocchè le parole delle quali l'art. fa uso, sono: *se si ritratti prima della decisione* o *sentenza*; e niuno può creder mai, che questa decisione o sentenza sia la criminale della carta falsa: ella è bensì la decisione o sentenza di quel giudizio pel quale la carta falsa fu prodotta. Il pentimento non può mai giovare al reo, se non è anteriore all'ultimo scopo ch'ei si proponeva qual causa finale del reato 4). Oltre a ciò non sempre la falsità si scuopre prima che si dia termine al giudizio per lo quale essa venne instruita; e sarebbe incomportabile che il falsario abbia raggiunto il suo scopo con toglier altrui in un giudizio civile la roba, o in un giudizio criminale anche la libertà e la vita, e poi abbia la facoltà di eludere il giusto rigor della legge, con cambiare a suo arbitrio la reclusione, i ferri e finanche l'ergastolo e la morte 5) in prigionia, sol che si ritratti prima del-

1) All' udienza del dì 13 dicembre 1839, nella causa di *Raffaele Vitelli*, Franchi comm., Nicolini m. p.

2) V. la serie degli arresti pronunziati intorno a questa quistione, *sup.* n. X, nelle *note* alle p. 561-562.

3) La pena della falsità in privata scrittura è la reclusione. Art. 293 ll. pen.

4) Art. 73 ll. pen.

5) Art. 192 ll. pen., ove è preveduto il caso che in un giudizio capitale il falso abbia prodotto una condanna di morte. Nel regno ciò è avvenuto nella causa *Scaramella*, giodicata nel 1808, e potrebbe ancora avvenire. Se dalle discussioni di una causa risultassero gravi argomenti della falsità di una deposizione di testimonio, l'art. 265 pr. pen. autorizza la gran-corte di mettere costui in istato di arresto, ed inviarlo poi ad un giudizio penale di falso, ma non per ciò dee sciogliere la continenza della causa, e sospendere quella ove il falso fu deposto, per subordinarne in fine la decisione al giudizio contro il testimone. Se il giudizio di falso è indispensabile alla convizione della causa ov'esso è deposto, la gran-corte chiuderà questa con un *non consta*, e fra i due anni solleciterà il giudizio di falso, per rischiararne poi l' estimazione delle pruove nel ripigliare la prima causa. Se però questa causa può decidersi, rigettando la dichiarazione del testimone come mendace in forza del confronto con le altre pruove, ha anche il potere di farlo, perocchè l'accusa di falso contro il testimone non impedisce di dritto che si pronunzii la decisione a favore o contro di colui, ch' è sottoposto al giudizio ove il falso è deposto. Arresto del 7 aprile 1837 nella causa di *Camillo de Giorgio*, Montone comm., Nicolini m. p. Arresto del 17 febb. 1840 nella causa di *Francesco-Antonio Pirozzi*, Franchi comm., Nicolini m. p. Arresto del 18 marzo 1840, nella causa di *France-*

la decisione nel giudizio criminale contro di lui. Sarebbe un favorire stranamente il mal' talento del reo, se gli si desse luogo di spingere innanzi le sue fraudi fino a tanto che non è scoperto in un giudizio penale, ed escusarlo quivi s' ei si ritratti, benchè non animato dalla coscienza e dall'orrore di veder altri dalle sue male arti irretito, ma sospinto sol dal timore d'una pena certa e imminente. L'anteriorità dunque dalla ritrattazione prima della decisione, riguarda evidentemente *il giudizio stesso* in cui la carta falsa fu prodotta, o in cui fu la testimonianza falsa renduta. Nè può dirsi *il giudizio stesso*, nè può il pentimento procedere da sola coscienza e da ritorno virtuoso a' buoni principii, se la ritrattazione non è fatta pur quivi. Quando il falsario per la sua pertinacia nel giudizio ove ha prodotto la carta, si lascia trasportare al giudizio criminale di falso, egli non può più render fruttifero il suo pentimento: è un reo confesso, non un reo utilmente ritrattato.

5. Stranissimo è poi il dire efficace un tal pentimento anche nell'ultimo constituto, anche nel corso della pubblica discussione, purchè la ritrattazione avvenga prima della pronunziazione della condanna del falsario. E che? Quanto più il falso diventa scandaloso e manifesto, tanto più sarebbe indulgente la legge? La ritrattazione del reo per avere indulgenza, dev' esser quella per cui un cuore umano perdona, quando cioè chi ti assale, ti cade innanzi pentito prima del colpo. Questo è il perdono che la legge dichiara non pur utile, ma necessario. Ma quando ei ti ha ferito, quando la giustizia penale si è impadronita di lui, il perdono è sempre una virtù cristiana ma senza effetti civili; perchè il domandar mercè non mostra più la virtù rinascente in un animo traviato, ma l'amor proprio dell' uom vile, in cui non può altro che il tremor della pena.

6. Ed improvvida giustizia sarebbe quella che permettesse al reo di trascorrere ostinato tutto il corso del giudizio criminale instituito contro di lui, per dargli in fine la scelta o del trionfo a forza di pertinacia, ove sia aiutato 'dalla fortuna con la debolezza e vacillamento delle pruove contro di lui, o di un semi-trionfo ove mai dopo aver fatto tutti gli sforzi per sostener vero ciò ch'è falso, superato in fine da' testimoni, convinto dagl' indizii, condannato già dal pubblico giudizio, ei non vede altro scampo per derider la legge, che questo facil mezzo di tarda ritrattazione, il quale dalla sola sua volontà dipende. Quale sarebbe la ragion motrice e il fine della legge per ispiegar co' falsarii una sì inopportuna indulgenza? Le rinunzie all' istanza, in quelle cause criminali nelle quali sono efficaci, debbono proporsi almeno prima che si chiuda il termine delle note de' testimoni E per giudizii sì gravi, ne' quali il ministero pubblico dee procedere non solo senza instanza privata, ma anche ad onta della privata ritrattazion di querela, si darà un adito sì ampio, ed un tempo così stranamente indefinito alla ritrattazione del colpevole?

7. Le ritrattazioni e le rinunzie utili debbono farsi in quel giudizio ove si trovi un contraddittore idoneo e capace ad accettarle 1). E perciò sebbene una falsità nel giudizio civile sia riconosciuta e dichiarata dopo il giudicato 2), se vi è adito ancora a ricorso civile, nella sede di questo può ancora il reo ritrattarsi utilmente, perchè così distrugge ei stesso tutti gli effetti della vittoria con tanto dolo ottenuta. Ma se il ricorso civile è fuori tempo, o il reo si ostini anche nella sede di questo straordinario rimedio, sì che il documento falso cangi di sede, ed esso debba essere giudicato in principale dalla gran-corte criminale, allora la rinunzia alla carta trova un altor diverso, qual è il ministero pubblico 3) il quale non deve, nè può accettarla: egli dee proseguir l'accusa, nè può recederne che o per mancanza della pruova della falsità, o per pruova positiva della innocenza dell'imputato.

8. Più grave è il caso, quando il primo giudizio, quello cioè in cui fu esibita la carta falsa, sia giudizio penale 4). In esso il testimone falso, o il produttore

sco Serpe, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p. — V. il n. seguente.

1) Art. 495 pr. civ.

2) Art. 544, n. 9 pr civ.

3) L'azione penale è essenzialmente pubblica, ed appartiene esclusivamente agli ufficiali incaricati del pubblico ministero. Art. 2 pr. pen.

4) Art. 188 ll. pen.

della carta falsa può utilmente ritrattarsi prima della decisione o sentenza: vi sono parti interessate così il ministero pubblico, che l'accusato, e con azione sussidiaria anche la parte-civile: costoro sono abili ad accettarvi la ritrattazione e la rinunzia. Ma se si passa ad altro giudizio contro quel testimone o falsario, ecco cangiato l'oggetto, cangiate le parti contendenti, o almeno è cangiata la loro qualità e la ragion del contendere, e qualunque di questi cangiamenti *aliam atque aliam rem facit* 1). Chi dunque può accettarvi utilmente la ritrattazione che dovea troncare da per sè il primo giudizio? All'incontro ha potuto essere già eseguito il giudicato che sul falso si fondava. E chi potrà più restituire al reo la libertà che gli è stata tolta fra ceppi, o la vita che ha lasciata sopra un patibolo? Non è già che messo in arresto un testimone per indizii della sua falsità, debba sospendersi sempre il giudizio della causa nella quale ei depone 2): il giudizio può proseguirsi, e ne può risultare una condanna. Ma l'art. 193 non distingue se il giudizio in cui si è prodotta la carta, sia penale o civile. Se mai valesse la ritrattazione quando è fatta nel secondo giudizio, o sia nel giudizio criminale di falso, dovrebbe valere in tutti i casi, sia che il primo giudizio fosse stato civile, sia che fosse stato penale.

9. E nemmeno l'art. 193 distingue la carta privata dalla pubblica. False testimonianze, scritture private, instrumenti pubblici, tutto entra quivi ugualmente nella stessa sanzione. Se dunque si volesse estendere la interpetrazione dell'art. per la ritrattazione delle scritture private, dovrebbe ugualmente estendersi per le scritture pubbliche, e per tutti i casi così civili che penali, o che la decisione del primo giudizio sia stata sospesa, o che pronunziata ed eseguita.

10. Se non che le scritture private hanno un benefizio più ampio dagli art. 446 e 447 pr. penale, e questo è tutto della sede del secondo giudizio, o sia del penale di falso. Il qual giudizio non può avviarsi mai per falsità di scritture private, se non quando sia interpellato il reo, se intenda far uso o desistere dal far uso della carta falsa. Che s'egli fra otto giorni risponde di non volerne far uso, o desistere dal farne uso, non vi è più luogo a giudizio di falso. Adunque questo primo atto, ove l'imputato risponda pertinacemente, è il principio del processo penale; n'estingue l'azione, ov' ei riconosca il suo torto e rinunzii. E ciò dimostra sempre più che niuna rinunzia può esser efficace se non prima che cominci il giudizio penale.

11. E dessi avvertire, che il divieto del procedimento penale, in caso di rinunzia agli effetti legali della carta, non è nell'art. 447 che pel solo reato di falso. Adunque in primo luogo, se si è recato dal falso un danno irretrattabile civile, questo dev' essere ristorato con la coazion personale, come danni-interessi risultanti da un'accusa penale 3). In secondo luogo, la carta si ha per falsa, e questo falso ha un autor certo in chi vi rinunzia, come l'avrebbe certo in chi accetta la rinunzia all'instanza o l' indulto. Tal carta dunque può far base d'un giudizio penale di frode 4): imperocchè la legge perdona la pena del falso, non quella che può nascere da altri reati connessi al falso; nè può far soffrire altrui un danno doloso impunemente. Il che risponde a coloro che credono non equo e clemente, ma ingiusto, il benefizio dell'art. 447. Iniquo bensì ed ingiustissimo sarebbe, se a' rei, sottoposti già al giudizio penale di falso, si concedesse poi di ritrattarsi per non avere che una pena anche minore della frode. Unico è il benefizio che si ha nella sede del primo giudizio, ed è quello dell'art. 193. Unico è nella sede del secondo, ed è quello dell'art. 447.

12. Nè può dolersi di ciò la parte civile. Imperocchè cosa mai ella avrebbe ottenuto da un giudizio penale? Non altro che il ristoro de' danni-interessi con l'arresto personale: chè certo la pena non è vendetta del privato offeso, ma sanzione di ragion pubblica. Or i danni-interessi sono sempre di lor natura civilmente riparabili. Chi ha fatto danno altrui col mezzo del falso e neghi ristorarlo, conserva gli

1) L. 22, D. XLIV, 1, *De except. rei iudicatae.*
2) V. la *nota* 5, pag. 589.

3) Art. 44 ll. pen.
4) Art. 430 n. 5 ll. pen.

effetti d'un titolo reo, e continua a farne uso. Ecco perchè l' art. 446 ordina che costui s'interpelli, non solo se intenda far uso della carta falsa, il che riguarda il danno non fatto ancora, ma anche se voglia desistere dal farne uso. Quando egli dichiari tutto ciò, è evidente che si sottopone alle restituzioni ed a'danui-interessi; nè solamente con tutti i mezzi delle leggi civili, ma anche co' mezzi del giudizio penale, nella sede del quale ha rinunziato alla carta.

13. Ma se il danno nato dal falso è irreparabile per la libertà o per la vita, vana è la risposta che non intende il reo più far uso o desistere dal far uso della carta falsa, perchè l'uso è finito, e la carta falsa ha già prodotto un giudicato irretrattabile ed eseguito. L'efficacia dunque della ritrattazione a'termini dell'art. 193, riguarda il *falso giudiziario*, quando non ancora ha corrotto un giudicato, perchè non ancora trasfuso in questo con giudiziale e necessaria novazione 1): il suo luogo è quello dove tal trasfusione doveva operarsi. L'efficacia poi della rinunzia a' termini dell' art. 447, si misura dalla possibilità legale di ristorare il danno; e fatta al suo luogo, cioè dove comincia il giudizio penale, si estingue l'azion penale nascente da una falsa obbligazione privata, ancorchè pria del giudizio eseguita o per negligenza di chi n'è ferito, o per frode di chi ne fa uso; perchè l'obbligazione non era ancor passata in un giudicato, e l' esecuzione non toglie al danneggiato gli stessi mezzi legali, i quali nel caso di un giudizio penale, vinto contro del falsario, si darebbero a lui per essere civilmente rimborsato.

14. Sempre dunque rimane vero il principio che il benefizio dell'art. 193 non può invocarsi che pel *falso giudiziario*, e nel giudizio stesso in cui si è prodotta la falsa carta, prima però che quivi l'obbligazione *ex stipulatu* siasi trasformata *in actionem iudicati*. La legge in questo caso non distingue carta pubblica da privata, nè carte false da falsa testimonianza; e la ritrattazione dev' esservi spontanea, senza bisogno d'interpellazione. All' incontro il benefizio degli art. 446 e 447 pr. pen. riguarda le sole scritture private, sino a tanto che rimangano nella lor primitiva figura di private scritture e titoli dell'obbligazione: nè vi si può procedere senza interpellazione: tal che quando il reo o non risponda fra otto giorni, o dietro l' interpellazione dichiari che intende servirsi, e continuare a servirsi del documento, *ogni dichiarazion successiva di non più volersene servire*, NON PRODURRÀ' ALCUN EFFETTO.

15. Or il resistente al ricorso del pubblico ministero produsse una falsa carta privata in giudizio civile; e fino a tanto che questo si agitò, non si ritrattò mai. Perdette dunque il benefizio dell' art. 193 delle ll. pen.—Menato al giudizio penale di falso, ed interpellato se volea desistere dal far uso del documento, rispose affermativamente. Perdette dunque il benefizio degli art. 446 e 447 pr. pen.—Quando poi vide vani i suoi sforzi per sostener vera la carta, ei si è ritrattato. Ma questa ritrattazione, utile nella contestazione del primo giudizio per attenuar la pena del *falso giudiziario*, non lo è nel secondo per estinguere l' azion penale nascente dal *falso in privata scrittura*. Il secondo, ò sia il giudizio penale, non è qui del falso *giudiziario*, ma semplicemente *di privata scrittura;* e non offre che l'unico presidio degli art. 446 e 447. Fuori di questo, ogni dichiarazion successiva del reo *non produrrà alcun effetto*. — Nondimeno la gran-corte che non potea più dargli il benefizio di questi due art., gli ha accordato l'altro dell' art. 193 per ritrattazione fatta in sede non sua. Bene dunque il ministero pubblico ne ha prodotto ricorso; ed io chiedo l' annullamento della decisione, cominciando da quella parte che si fonda su l'art. 193 così male applicato 2).

1) *Novatio iudicii accepti . . . lite contestata*, l. 29, D. XLVI, 2, *De novationibus*. — *Novatio haec necessaria, transfusa obligatione ex stipulatu in actionem iudicati. Novata vero priori obligatione per rem iudicatam, non novari hypothecariam, non fideicommissariam*, etc. CUIACIUS, edit. neap. IX, 114.

2) Così è stato deciso. — Tra le quistioni che sembrano le più chiare, e che nonpertanto si riproducono ogni giorno, le più complicate son quelle che riguardano le differenze tra i giudizii civili e penali; e perciò a questa conclusione crediamo utile di aggiungerne altra nel *n*. seguente sulla quistione antica, *quando civilis actio criminali praeiudicet*, benchè ella sia stata da noi lungamente trattata nella nostra *Procedura penale*, parte prima, § 982 e segg.

XVIII.

Quando l'azion civile può esser di pregiudizio alla penale, e viceversa. *Art. 5. pr. pen.*

SOMMARIO

1. Signori 1), abbiamo un ricorso del ministero pubblico contro d'una decisione, la quale sospende indefinitamente l'esercizio dell'azion penale nascente da misfatto, riserbandola all'esito d'un giudizio civile. Se tal sospensione ripugni alla legge, è stata quistione più volte agitata in corte suprema 2). Giova riassumerne i principii, onde applicarli alla causa.

2. Non è nuovo che il giudizio penale sospenda il corso di un giudizio civile 3). Ciò avviene in particolare quando un documento è impugnato di falso principale 4), e in generale quando un fatto qualunque dà luogo nel tempo stesso all'azion penale ed all'azione civile 5). Il giudizio penale pregiudica in questo caso al giudizio civile, ancorchè una o tutte le parti interessate nel civile non intervengano nel penale; perchè ogni giudizio penale è di ordine pubblico, mentre il civile è d'interesse privato, e questo è subordinato a quello, non quello a questo. In rapporto poi al falso, chiunque si avvale d'un documento nel giudizio civile, se ne avvale per la pubblica fede di cui il documento stesso porta l'impronta. Tosto che questa è legalmente attaccata nell'interesse dell'intera società da chi esclusivamente esercita l'azione pubblica nascente da reato, evidentemente la forza dell'atto è sospesa fino al termine di questo giudizio, ed è sospesa nell'interesse di tutti.

3. Ma appunto perchè l'azion penale nascente da reato è essenzialmente pubblica, ed appartiene esclusivamente agli uffiziali incaricati del pubblico ministero presso i magistrati instituiti per l'amministrazione della giustizia penale 6), non sì tosto ella è stata instituita una volta, non può essere sospesa mai per subordinarla ad un giudizio d'interesse minore, nel quale l'incaricato del pubblico ministero non può intervenire, e che senza di lui può ad arbitrio delle parti private spingersi innanzi, arrestarsi e transigersi. È sempre in rapporto a lui *res inter alios acta*, la cui *contestazione*, o sia *acceptum iudicium*, non può riguardarlo, nè riguardare la sua azione, nè arrestarla o sospenderne il progredimento.

4. Vi ha, è vero, qualche quistione civile che pregiudica la penale: tale è la

1) Conclusioni nella causa di *Francesco-Saverio Pompetti*, 13 marzo 1840, LONGOBARDI comm, NICOLINI m. p.
2) V. il n. VIII, § 5, pag. 536, note 2-3.
3) V. la nostra *Proc. pen.*, parte prima, § 982 e segg. *De concurrentibus actionibus.*
4) Art. 1273 ll. cc. — Art. 335 e 345 pr. civ.— V. la d. nostra *Proc. pen.* parte prima, § 994, 1013, 1016; e parte seconda, § 892, 918, 919, 921, 922, 923, 940.
5) Art. 5 pr. pen.
6) Art. 153 e 154 l. org. — Art. 2 pr. pen.

quistione di stato. Ma questa è espressamente indicata dal legislatore; ed ella in verità non sospende un giudizio penale già instituito; impedisce bensì che questo s' instituisca. *L' azione criminale contro la soppressione di stato non potrà intraprendersi, se non dopo la sentenza definitiva sulla questione di stato* 1).

5. Nelle altre cause però, dove p. e. è ancor dubbia la proprietà d'una cosa usurpata o involata, il giudice penale non è da alcuna legge costretto a rinviar la quistione ai tribunali civili (a); egli dee definirla: e se ne' suoi mezzi non trova tanto da giungervi, dirà nel corso della instruzione: *attesa l' insufficienza degl' indizii, il ministero pubblico somministri altre pruove*, formola secondo la quale il pubblico ministero ha intero il periodo della prescrizione ordinaria. Nel giudizio poi di sottoposizione all'accusa, la legge gli somministra la formola: *si metta il reo in istato di libertà provvisoria, e non consta* nel giudizio dietro discussione pubblica : formole entrambe che abbreviano la prescrizione ad un biennio (b). E così il giudizio di una gran-corte criminale intorno all'azione del pubblico ministero cui non convenga alcuna eccezione perentoria, è sempre giudizio di sufficienza o insufficienza di pruove ; e le sue formole, secondo lo stato in cui si trova il giudizio, non posson esser altre che quelle degli art. 114, 149 e segg , e 277 pr. pen. Che se nel corso della prescrizione o ordinaria o biennale le parti private s' impegnino in un giudizio civile, e questo risulti in modo da fornire a tempo un documento al ministero pubblico penale, onde convalidare le sue pruove, e proseguire o riassumere l'esercizio dell' azione pubblica, egli lo farà. Ma è contro i principii e l'indole de' giudizii penali, ch' ei sospenda indefinitamente la sua azione, per attendere che le parti private instituiscano e proseguano sino alla fine un giudizio civile. Una gran-corte che ciò ordinasse, commetterebbe un eccesso *di potere* 2), perchè sommetterebbe un giudizio d' ordine pubblico ad un giudizio d'interesse privato, terrebbe il ministero pubblico legato a ciò che si farà in un giudizio civile tra privati, sconoscerebbe da una banda l' estensione della sua stessa giurisdizione, e la trascenderebbe dall'altra ordinando a' privati nel loro interesse ciò che non può ordinare che nell' interesse del pubblico ministero.

6. Di fatti due sono le parti principali e necessarie ne' giudizii penali, il ministero pubblico ed il reo. Può esservi talvolta anche la parte civile; ma ella è necessaria, interventrice, volontaria, e la sua intervenzion legale non si spiega veramente che dopo il giudizio di sottoposizione all' accusa 3). Anzi ella può sempre ritirarsi dal giudizio quantunque vuole fino all' ultima conchiusione all' udienza, perchè può sperimentare la sua azione tanto nel tempo stesso dell' esercizio dell' azion penale, quanto separatamente presso i giudici civili. In questo secondo caso l'esercizio dell' azion civile è sospeso di dritto finchè non siasi pronunziato definitivamente sull' azione penale.

7. Or se una gran-corte, in vece di ciò,

1) Art. 249 ll. cc.

(a) *Invece pel novello codice di procedura penale è così stabilito: Ove contro l'azione penale si proponessero eccezioni di dritto civile concernenti la proprietà o altro diritto reale, le quali se sussistessero escluderebbera il reato, il giudice trovanda in esse qualche apparenza di fondamento, potrà sospendere il giudizio e rimettere la cognizione del merito delle dette eccezioni al giudice competente, fissando un termine all'imputato per procurarne la risoluziane (art. 33). Se l'imputato assume di essere proprietario della cosa litigiosa o del diritto reale, di servitù ad altro, e la ecceziane à fondamento ed escluderebbe il reato, ove venisse stabilita, in tal casa può sospendersi il giudizio penale. Trattandosi di una eccezione così sostanziale alla regola della prevalenza dell'azione pubblica su la privata, essa non è capace di estensione ad altri casi. Non ci sarebbe quindi luogo a rinvio per somigliante eccezione anzidetta in un reato di esercizio arbitrario di ragioni con violenza, giacchè questa è sempre riprensibile, ed anche provato il diritto da parte dell'agente, ciò attenua solo il reato per l'art. 288 cod. penale, non lo esclude: in tal caso il giudice penale come giudice dell'azione è altresì giudice dell'eccezione, e pravata questa nei modi ordinarii, si farà luogo alle analoghe diminuzioni di pena.*

(b) *Oggi non è più riconosciuta questa prescrizione abbreviata; epperò ove la Sezione di accusa dichiara non farsi luoga a procedimento penale per insufficienza delle prove raccolte, il processo si può sempre riaprire fino a che l'aziane penale non sia prescritta od altrimenti estinta.*

2) Dell'*eccesso di potere* abbiamo dato la definizione e gli esempii nella nostra *Proc. pen.* parte terza, § 113 e segg.

3) Art. 168 pr. pen.

sospendesse piuttosto l'esercizio dell'azion penale fino a tanto che l'azion civile fra la parte interventrice ed il reo non si decida, non turberebbe forse la natura del giudizio penale, subordinandolo a giudizii che gli sono per legge subordinati? Metterebbe certo il ministero pubblico nella dipendenza delle parti private; lo pregiudicherebbe con atti e giudizii ne'quali ei non interviene, nè può essere trasportato; uscirebbe da' suoi confini, ed ordinerebbe cosa che le parti possono, se vogliono, eseguire e non eseguire, cominciare e non finire, comporre e modificare a lor talento. Se la stessa pruova generica è dubbiosa, come può accadere nella usurpazione e nel furto ove non si conosca chiaro se la cosa usurpata o involata appartenga al reo stesso o ad altri, una gran-corte criminale che non trova nelle sue facoltà vie aperte a chiarirla, non ha altro a fare che quello che lo viene indicato da' mentovati art 114, 149 e segg., e 277. Ordinare che le parti private si provveggano in un giudizio civile, può farsi unicamente quando, definito il giudizio penale, non resta che provvedere ai danni-interessi, per l' ammontar de' quali non sia stata nel penale ben instruita l'aziono civile.

8. Stabiliti questi principii, è agevole applicarli alla causa di cui trattiamo. Si consegnano somme gravi all'imputato per l' uso determinato d' una coltivazione di ròbbia. Crede il ministero pubblico, che queste sieno state distornate dal debitore per suoi particolari vantaggi. Da questo fatto egli trae la definizione di frode qualificata, che a' termini degli art. 433 n. 4, e 434 è punibile di reclusione. Spiega dunque la sua azione pubblica per misfatto, la quale di sua natura è indipendente da ogni instanza privata. È vero, ed è di fatto, che la querela de' danneggiati l'ha suscitata; ma questo riguarda il solo atto il quale inizia il procedimento; e poteva iniziarlo così questa querela, come ogni denunzia o notizia qualunque. Iniziato il procedimento, l'azione del ministero pubblico va innanzi da sè, nè ha più mestieri d' instanza privata, o di giudizii civili: nè quella, nè questi turbano nè cangiano l'indole della pubblica azione.

9. Or in forza di tale azione, non comunicatagli dalle parti, ma deputata dalla legge, il ministero pubblico fa instruire il processo. Vi unisce molte lettere, molti instrumenti pubblici, e conti e scritture private; e tiene per già compiuta la sua opera. Avrebbe potuto spedire un mandato di deposito, e far quindi interrogare il reo sopra queste carte. Ma egli ebbe la lodevole moderazione di sottomettere tutta l' instruzione alla gran-corte, e distinguendo in capi le pruove acquistate, e sostenendo esser esse sufficienti, dimandò la spedizione d'un mandato di arresto. La gran-corte potea negarlo, o accordarlo, secondo l' estimazione che avrebbe fatta delle pruove. Conseguenza del rifiuto sarebbe stato ciò che prescrive l'art. 114: conseguenza della spedizione del mandato sarebbe stata anche l' interrogazione del reo, e la presentazione a lui di tutti i documenti che partivan da lui. Dietro le sue risposte, tutte le circostanze di fatto da lui dedotte sarebbero stato rischiarate in continuazione della instruzione.

10. Ed a queste conseguenze son corrispondenti i poteri che accorda la legge a' giudici penali, tanto nel caso che avessero spedito il mandato di arresto, quanto nel caso che lo avesser negato. Se non che per non accordarlo tre sole ragioni essi potevano avere; o che il fatto non fosse qualificato reato, o che gl' indizii raccolti non colpissero affatto l'imputato, o che questi non fossero sufficienti a pronunziare almeno la probabilità della reità di costui. Della prima e della seconda ragione non è lecito muover dubbio nella causa presente: il fatto dedotto dal pubblico ministero è letteralmente preveduto dagli art. 433, e 434 ch'egli invoca nella sua requisitoria, e tutti gl' indizii, tutte le pruove, gravi o lievi ch'essi sieno, colpiscono quest'imputato, e non colpiscono che questo solo imputato. Non rimaneva dunque altro alla gran-corte criminale, che il discutere se queste pruove erano sufficienti a chiarirlo probabilmente reo fino a soggettarlo ad un mandato di arresto.

11. Potrei ben sostenere che le pruove fin qui raccolte sono più che sufficienti per sì fatto mandato. Ma la corte suprema non è giudice della sufficienza delle pruove. Dico solo, che questa sufficienza onde ottenere un tal mandato, era laqui-

stione, che unica nello stato in cui era la causa, richiamava per legge l' attenzione della gran-corte, e l'unica che le presentava il pubblico ministero. E la gran-corte, estimatrice sovrana de' fatti e delle pruove, aveva il potere di dichiararle insufficienti, se la sua coscienza così le dettava, e dichiarare nel tempo stesso il bisogno d' indagini ulteriori, e sospendere di pronunziare l' arresto, ma a fin di ottenere pruove maggiori dal tempo, non mai sospendere l' azione del pubblico ministero e impedirgli di ricercare da per sè queste pruove. Nonpertanto ella non s' incaricò affatto, di questa quistione, anzi la sfuggì, e deviò in una sentenza, che non sospende il solo mandato di arresto, ma sospende il corso della sua giurisdizione, e non al pubblico ministero, ma alle parti private ingiunse atti che non sono di sua competenza.

12. E così viene a perdersi nel laberinto di erronei ragionamenti. Ella incomincia dimenticando in prima che l'azione di cui doveva per allora estimare le pruove, era solamente l'azione pubblica esercitata esclusivamente dal pubblico ministero; ed in vece si rivolge a cercare quali azioni civili innanzi a'tribunali civili sarebbero spettate alla parte-civile per la società con l'imputato ch'era il socio amministratore. Ma altro è lo scioglimento della società ed il conto, altro la distrazione di somme date per uso determinato. Sia pure che l' imputato, nel conto da rendere, dimostri l' opera sua di tal prezzo, che assorbisca per questa sola via tutte le somme ricevute: questo sarà un suo credito contro la società. Ma non resta men vero, I, ch' egli con inganno fè credere alla società l' esistenza ora di 59, ora di 54, ora di 47 tommolate di terreno da lui impiegate per la coltura, mentre queste non erano che 38; II, che ai socii, onde carpirne sempre più danaro, persuase la necessità d' un numero eccedente di operai, ch' egli non impiegava, o impiegava per particolare suo uso; III, ch' egli vendeva per sè la ròbbia, in atto che con inganno e rigiri colpevoli persuadeva a' socii di non averne ancora incominciata l'estrazione; e IV, che per 5115. 62 di danaro ricevuto per quest' uso determinato, non diede a' socii che 868 ducati di ròbbia. Così quadripartito era il riassunto di tutte le pruove che presentava il ministero pubblico. La gran-corte non dovea far altro che giudicare se queste erano sufficienti a mostrar gli estremi della frode. Poteva anche da altri elementi, esistenti forse in processo, trovar provato il contrario. Ma ella n' evitò la discussione, e si rivolse a vedere quante e quali azioni spettavano a' socii contro il socio amministratore. Fece dunque quel che non poteva; non fece quel che poteva e doveva.

13. E pure ella stessa era conscia, non essere ancora il tempo in cui potesse degl' interessi della parte-civile disputarsi. Altrimenti perchè non citarla nè udirla? Questa aveva eletto regolarmente nella residenza di lei il suo domicilio 1). All'incontro quest'azion privata e civile, o era pregiudiziale alla pubblica e penale, o non l'era. La gran-corte non dice che lo sia; e se la legge sostenesse ciò espressamente, come fa espressamente nelle quistioni di stato, la gran-corte doveva escludere fin dal principio, e non sospendere l'azione del pubblico ministero: niun procedimento avrebbe potuto cominciare senza la definitiva nel giudizio civile, e nullo sarebbe stato il già cominciato. Se poi non l'era, come non lo è veramente, allora la gran-corte non doveva obbliare di aver in pronto tutti i mezzi onde chiarire da sè, senza bisogno de'tribunali civili, quei dubbii della istruzione i quali le parvero sorti.

14. Imperocchè la gran-corte, proseguendo il suo ragionamento, parla dell' obbligo che ha il socio amministratore di rendere il conto. Ma qual legge vi è, che questo necessariamente debba rendersi innanzi a'tribunali civili? Se l'azion civile se ne subordina alla definizione di un reato, il conto si risolve in azione di danni-interessi presso i giudici penali; e quando questa all'esito del giudizio penale non presenta tutti gli elementi per essere risoluta ne' suoi più minuti particolari, allora, in fine del giudizio penale, e non nel suo corso, può la gran-corte rinviarne la quistione a'giudici civili (*sup.* § 7.) Oltre a ciò il conto di una società allora

1) Art. 47 pr. civ.

dee rendersi innanzi a' tribunali civili, e giurare, quando le parti non convengono altrimenti fra loro. Quindi niun giudice, e meno un giudice penale, può di ufizio e senza udire entrambe le parti, pronunziare questa necessità di rendere il conto giudiziariamente con tutte le forme della procedura civile. Ha forse la gran-corte inteso il socio amministratore? E se costui desse per vero ed accettato il suo conto, e riconoscesse in piè d'esso le sue soscrizioni, e tutto ciò fosse accettato dagli altri socii, il conto sarebbe dato, nè alcun giudice potrebbe più ordinare, che si dia secondo le forme di procedura. *Eccesso di potere* è ordinare che le parti facciano ciò che il giudice dee fare, come *eccesso di potere* è ordinar d'ufizio ciò che non può ordinarsi senza dimanda di alcuna delle parti.

15. Lo stesso è a dirsi della verificazione o ricognizione delle scritture private. Ha forse la gran-corte inteso dire dal socio amministratore, autore di questo conto, ch'egli nega e non riconosce le sue soscrizioni? E quando ciò fosse avvenuto, era questo niego pregiudizievole al giudizio penale? I giudici penali hanno facoltà di far perizie e verificare i caratteri, come l'hanno i giudici civili. Rinviare ciò a'giudici civili è sconoscere e negare le proprie facoltà concesse dalla legge. Altrimenti niun giudizio penale di falso o di frode potrebbe portarsi al termine, se prima le parti private non si proveggano al civile per la verificazione de'loro documenti.

16. Nè alla gran-corte mancavano i mezzi per eseguire tutto questo nello stato in cui era allora la istruzione, anche senza la carcerazione dell' imputato. Non è certo la corte suprema di massime sì stranamente feroci, che creda non potersi udire alcuna spiegazione da un reo, s' egli non sia sotto alcun modo di custodia. L' imputato non può da sè, ove non si trovi in questa condizione, non può produrre da sè alcun mezzo di difesa. Ma chi vieta al giudice di chiamarlo per qualche rischiaramento? Debbe anzi chiamarlo ne' reperti; può chiamarlo in contraddizione con la parte-civile ne'giudizii di falsità; e la legge del 1808 aggiungeva a' casi di falsità tutti i casi di frode, e di dubbia reità. L' antico nostro rito rimetteva sempre alla prudenza del giudice il pronunziare: *veniant partes coram*; e nelle cause appunto di frode, i processi ch' esaminiamo ogni giorno cominciano per lo più da un atto di contraddizione. L' art 453 che parla nominatamente de' processi di falsità, non esclude che ne' processi di frode, i quali a quelli di falsità sono tanto affini, il giudice faccia il medesimo, quando creda poter quest'atto contribuire allo scuoprimento del vero. La ragione della legge è la stessa. Trattandosi poi di ricognizione di documenti o di altri oggetti che si presentano ne'giudizii penali, l'art. 91 pr. pen. parla non solo di querelanti e di testimoni, ma di chiunque altro si creda utile per assicurare la verità d' un fatto, o la identità d' un oggetto; ed in questa classe annovera espressamente gli imputati. Nè fa, nè può far distinzione, se costoro si trovino o no sotto alcun modo di custodia. Quando è dubbio se un documento importante appartenga o non appartenga all' imputato, quando il documento può ricevere una spiegazione che può giovare all' imputato medesimo, l' umanità e la ragione consigliano a non correr di lancio ad un mandato di arresto: il giudice fa venir lui innanzi a sè, come fa venire il querelante, il testimone, e qualunque altra persona. La di lui reità fino a quel punto è dubbia, come è dubbio il diritto o la calunnia del querelante. Ciò che la ragione consiglia, e la legge non vieta, è sempre in poter del giudice di fare. Perchè dunque non farlo in un caso espresso, qual è quello dell'art. 91? Niuna necessità dunque di dritto imponeva alla gran-corte di rinviare al giudizio civile queste verificazioni, tanto più che le carte non erano state ancora da alcuno impugnate, nè ciò era stato richiesto.

17. Strano è poi il timore che mostra aver la gran-corte d' una contrarietà di giudicati. Questo non può avvenir mai fra un tribunal civile ed un penale per l' azione pubblica, perchè il tribunal civile non ha potere punitivo. Nol può per l' azion civile de' danni-interessi, perchè o questa è giudicata dal giudice penale come dipendenza della penale azione, e non vi è più luogo a giudizio civile; o è rimessa al giudice civile dopo il giudizio penale (*sup.* § 7 e 14), ed allora è tutta definita dal giudice civile.

18. E dopo sì fatte erronee considerazioni la gran-corte decise: *Prima di pronunziare sulla requisitoria del pubblico ministero, delibera che la parte civile procuri la esibizione e la discussione del conto nel tribunale competente a'termini della legge*. Chi non vede in questa dispositiva, che la gran-corte si è creduta incompetente a far quelle verificazioni, mentre lo era per legge? che ha subordinato alla discussione minuta del conto fra le parti private un'azion di frode qualificata, che indipendente dall'esito del conto, nasceva dal fatto dell'imputato; fatto confessato da lui stesso prima della querela? che ha arrestata e sospesa l' azion penale per attender l' esito di una causa civile, quando la legge sospende la civile per attender l'esito della penale? che astringe le parti ad un giudizio civile, di sua natura volontario, mentre non sa la volontà delle parti? e che in fine non curando di estimare la sufficienza delle pruove presentate dal pubblico ministero, unica quistione che dovea risolvere, si volge a quistioni estranee a' giudizii penali, le quali allora solo potevano aversi in mira, quando spiegata la legale intervenzione della parte-civile, era il tempo di statuire sopra i suoi danni-interessi? Qualunque dubbio di fatto non potea partorir altro che l' ordinazione d' indagini ulteriori, ma nella sede stessa del giudizio criminale, ma nella dipendenza della gran-corte criminale, ma sotto la vigilanza del ministero pubblico criminale. Violate son dunque le norme fondamentali del dritto penale, cioè gli art. 153 e 154 della legge organica, ed 1, 2 e 5 pr. penale; si è contravvenuto all' art 91 e 114 della stessa pr. penale; si è sconvolto l' ordine delle giurisdizioni stabilito tra il potere puramente civile ed il penale dall' art. 485; e si è commesso un eccesso di potere, arrestando indefinitamente l'azione del ministero pubblico per aspettar fatti e giudizii che non possono dipendere da lui, e ne' quali ei non può mai intervenire.

19. Nè questa è una *interlocutoria* contro la quale non si apre adito alla corte suprema se non dopo la definitiva 1). Tosto che i nomi di legge son definiti dalla legge medesima, non possiamo sostituire a sì fatte definizioni altro concetto che quello ch' ella vi comprende. L' interlocutoria non soggetta ad annullamento prima della definitiva, è quella stessa ch' è definita dall' art. 516 pr. civ., quella cioè che nemmeno è soggetta ad appello. *Sono interlocutorie le sentenze che il tribunale profferisce avanti la decisione definitiva, per ordinare una pruova, una verificazione, una perizia, o un atto qualunque che sia relativo al merito della causa, e che potrebbe essergli di pregiudizio*. Questa pruova dunque, questa verificazione, questa perizia, quest'atto, debbon essere fra le parti che sono in giudizio, e tali che possan farsi eseguire dal giudice che interloquisce. Se dunque le nostre parti-civili avessero adito il giudice civile per ottenere dal socio amministratore la differenza tra gli 868, ed i 3115. 16, interlocutoria di questo genere sarebbe stata la sentenza del tribunal civile: *prima di pronunziare sulla dimanda, gli attori procurino l' esibizione e la discussione del conto*. Così se il ministero pubblico avesse intentata un'azione di complicità nella frode contro alcun operaio dell'imputato principale, interlocutoria sarebbe stata la decisione: *prima di pronunziare sulla requisitoria del mandato di arresto contro i complici, il ministero pubblico procuri il compimento della instruzione contro il reo principale*. Ma se il tribunal civile sospende l' esercizio dell' azione legalmente dedotta, per aspettare indefinitamente un giudizio penale che non ha che fare con la causa; ovvero se la gran-corte criminale sospende l' esercizio dell'azion penale per aspettar l'esito d' un giudizio civile che non può guardare altro che i particolari dell'azion civile, non è questa l' *interlocutoria* di cui parla l' art. 516: il giudice non *interloquitur*, cioè *dicit ius inter partes, et intra fines iudicii*, ma bensì *extra modum, extra causam absona dicit*: stravaga, non interloquisce; esce da' confini della giurisdizione, e commette un eccesso di potere. I documenti che contengono obbligazioni civili, possono servir talvolta di elementi di pruova; ma se la gran-corte non trovi ne' suoi poteri come di-

1) Art. 305 pr. pen.

svestirne i dubbii, e senza di ciò mal possa definire la causa, dee piuttosto chiudere il processo, che ordinare a'privati di andare a disvestir quelli, senza che vi prenda parte il ministero pubblico, ne' tribunali civili.

20. Si sa che le decisioni sono o preparatorie, o interlocutorie, o definitive. Ma essenza delle preparatorie, come delle interlocutorie,è che il giudice non ne rimanga in alcun modo legato: ei può sempre riformarle e rivocarle, quando pronunzierà definitivamente in merito, in qualunque modo sien esse eseguite dalle parti 1). Or immaginiamo che questo provvedimento della gran-corte non si esegua dalle parti private. Ha ella più il potere di riformarlo o di rivocarlo?

21. Ma è forse definitiva? Non oserei sostenerlo. Non è definitiva, non è preparatoria, non è interlocutoria. È un eccesso di potere: questo è il vero suo nome; nullità sempre sostanziale, sempre d' ordine pubblico. Gli eccessi di potere rientrano nella incompetenza, anzi sono i più censurabili fra gli atti tutti d' incompetenza. Son compresi dunque tanto nel disposto dell'art. 115 della l. organica, quanto in quello degli art. 157, 305 e 485 pr. pen.

22. Ma il ricorso non fu intimato all'imputato. E non doveva esserlo, perchè la causa è ancora nel corso della instruzione, il reo non è presente in giudizio, e non si tratta che dell'interesse del pubblico ministero, cui s'impedisce contro ogni legge di esercitar la sua azione. Mal può dunque ragionarsi di decadenza a'termini dell' art. 313 pr. pen.

23. Per queste ragioni io dimando l' annullamento della decisione 2).

1) Art. 153 e 515 pr. civ.

2) Così è stato deciso.

XIX.

QUARTA CLASSE DE' REATI DI SANGUE

Reati di sangue aggravati dal concorso di alcune circostanze di persona o di fatto.

SOMMARIO

1. Nell' avvertenza preliminare a' nn. IX e segg. (pag. 70) abbiamo distinto tutti i reati di sangue in sette classi.

Prima classe.—Quando l'effetto è avvenuto senza l'intelligenza e la determinazione di chi n'è più instrumento meccanico, che volontario. Nè condizione, che l'effetto non sia stato preveduto dall'agente. Adunque i gradi d' imputazione vi avanzano a misura che l'effetto medesimo potea prevedersi. Il principio distingue la classe in tre gradi, esposti da noi ne'nn. II a XX pag. 165 a 240. La mancanza assoluta non solo di previdenza, ma d'intelligenza, è presunzione *iuris et de iure* ne' fanciulli minori di anni nove (n. XI, pag. 77 e n. XVI, pag. 218); mentre ne'folli e ne' briachi è questione di fatto individuale (n. XIV, pag. 101, n. XVIII e XIX, pag. 226).

Seconda.—Quando vi è intelligenza e volontà, ma ne fallisce l' effetto: apparecchio e minaccia, attentato propriamente detto, reato tentato, reato mancato (n. XXI, XXII, XXIII, pag. 137).

Terza.—Quando l'effetto corrisponde alla determinazione della volontà. Nove gradi ha questa classe, esposti da noi ne'nn. IX a XXIV pag. 127, XXIV a XXX pag. 286, VII, XI a XXXVII pag. 354, ed XI a XVI, pag. 563.

2. La *quarta classe* riguarda i reati di sangue aggravati da circostanze o personali, o di fatto. Le personali o riguardano le relazioni tra il reo e l'ucciso, o il reo sola-

mente. Ve ne ha poi di fatto, ed insieme anche di persona, e son relative alla *causale*, al *luogo* ed al *mezzo*. Le circostanze di *tempo* aggravano i furti, non i reati di sangue.—Esponiamo le relazioni principali proprie di questa classe.

3. Vengono in prima le *relazioni civili di persona tra il reo e l'ucciso*. Cinque ne sono i casi.

I. *Parricidio*—Vedi il n.VI pag.59 ed il n. XIV pag. 394.—La corte suprema esige che nella formola terminativa della quistione di fatto, per l'applicazione del n.1 dello art.352, si aggiunga alla voce *parricido* il carattere di *volontario* : *Consta che A. M. abbia commesso parricidio volontario*. Imperocchè anche l'uccision del padre avvenuta per disaccortezza, per negligenza, per eccesso di affezione e di rispetto, sarebbe punibile; e mal si direbbe parricidio a'termini dell'art. 352 1). Se però in questa formola terminativa, in vece delle parole *parricidio volontario*, si usano l' equivalenti, *omicidio volontario in persona del padre*, la legge non è violata 2).

II. *Infanticidio, ed ogni reato di sangue in persona de' figli.*—Vedi i nn. VI e XVIII, pag. 178 e XXXI, XXXII, XXXIII, pag. 443.

III. *Fratricidio.* — V. i nn. XXIV pag. 147, V pag. 174, VII, XIX e XXVIII pag. 354.

IV. *Coniugicidio.*—V. i nn.VII e XXIII pag. 61, VII, XIX, XXII, pag. 180, XIII, XIV, pag. 388 ed XI pag. 563.

V. *Uffiziale pubblico* a' termini degli art. 237 e 246 ll. pen. V.il n.XXVII, pag. 301, ove abbiam notato quali circostanze sieno necessarie onde qualificare un reato di sangue per la condizione di ufiziale pubblico nella persona che n' è la vittima. — *Custodi* e *carcerieri* a'termini del l' art. 240 § 2. — *Ingiurie, minaccie, percosse* e *ferite in persona de' ministri del santuario* o *degli ufiziali pubblici*, ai termini degli art. 103 e 174 e segg. — Ne tratteremo ampiamente quando ragioneremo de'reati contro la religione, e contro l' amministrazione pubblica. — V. il n. XXII pag. 142.

4. *Civili* abbiam chiamate queste relazioni, non perchè le relazioni tra padre e figlio, e fratelli, non sieno anche naturali, ma perchè se non vi è fra costoro il vincolo civile, la severità della legge non ha luogo. Pei figli concepiti durante il matrimonio è presunzione di dritto che abbiano per padre il marito: le indagini sulla paternità son vietate 3). Ma i figli naturali non riconosciuti, come gl'incestuosi e gli adulterini che non possono aspirare ad effetti civili, tranne che agli alimenti, non son compresi nella severità degli art. 348,352 e 353 ll. pen. All'incontro vi son compresi i padri e figli adottivi. La legge dunque non guarda che il vincolo civile, quello cioè da cui nascono i doveri civili di famiglia, e tutti gli obblighi civili per ciascun membro di essa. Così credo che non sarebbe *coniugicidio* e soggetto alla sanzione degli art. 353 e 383, quando il matrimonio, comechè valido per altra ragione, non sia stato celebrato con le sollennità delle forme ecclesiastiche insieme e civili, come il codice prescrive, perchè abbia effetti civili (a). Quindi non è pruova piena del matrimonio il solo estratto degli atti parroc-

1) Arresto del 2 giugno 1834, nella causa di *Antonio Morza*, MONTONE comm., NICOLINI m. p., LEOP. TARANTINI avv. del ricorrente. Nella qual causa, e nelle simili, io sono stato di sentimento opposto alla corte suprema, perchè la voce *parricidio* è definita dall'art. 348 ; e tanto è dire *parricidio*, quanto *omicidio volontario in persona del padre*.

2) Arresto del 13 gennaio 1837 nella causa di *Pasquale Forte* e *Leonardo Lupo*, MONTONE comm., NICOLINI m. p., RAFF. CONFORTI avv.

3) Art. 234, 263 ll. cc.

(a) *La giurisprudenza dei nostri tribunali decise invece che il matrimonio celebrato solo ecclesiasticamente era bastante per attribuire la qualità di coniuge per gli effetti della legge penale; il che fu poscia dichiarato col decreto del 22 settembre 1840 per lo quale si stabilì che la sanzione dell'art. 353 delle leggi penali avea luogo anche nel caso di omicidio volontario del coniuge per matrimonio clandestino o di coscienza; e quindi per una maggior ragione le nostre gran Corti criminali ritenevano incorso nel reato di bigamia colui che avesse contratto un doppio matrimonio, sia il primo legittimo ed il secondo solo ecclesiastico, o viceversa, e pel decreto del dì 11 marzo 1839 fu inoltre determinato che la vedova la quale andasse a seconde nozze con nodo solo ecclesiastico perdeva la pensione, e non poteva in genere conservare alcun diritto, o vantaggio che per disposizione di legge, per convenzione qualunque, o per beneficenza del primo coniuge era conceduto allo stato vedovile e da quello condizionato.*

Oggi la cosa debbe risolversi in senso contrario, giacchè il nodo ecclesiastico non preceduto o seguito dal matrimonio civile, vincolando la sola co-

chiali : vi occorre anche l'estratto degli atti dello stato civile [1]. Si avverta però che questa mancanza non può esser giovevole al reo quando non è opposta in termine, o il fatto non è messo in controversia, o vien supplito da altre pruove.

5. Dopo le relazioni civili tra l'uccisore e l'ucciso, vengono le *circostanze personali del reo, ma senza rapporto all'ucciso*. Ed in primo luogo si guarda l'età tra i nove e i diciotto anni. Le attenuanti per circostanza personale dell'età sono state da noi ampiamente discusse nel numero XI, pag. 82 e nel numero XVI pag. 218. L'età maggiore di anni diciotto [a], qualunque ella sia, non aggrava nè diminuisce la imputazione o la pena. Così pure a nulla influisce la differenza del sesso. Solamente può questa temperare il modo della espiazione della pena, come fa pure l'età maggiore di anni settanta. Per l'art. 370 dello *statuto penale militare* l'età influisce talvolta all'esecuzione immediata della pena di morte, o alla sospensione e raccomandazione alla clemenza del Principe.

6 In secondo luogo è da considerare lo *stato giudiziale del reo* ; vogliam dire, s'ei sia stato precedentemente condannato per altro reato. Condannato alcuno per reato, precedentemente alla esecuzione d'altro reato, tal condanna è una circostanza che non è intrinseca al nuovo fatto: ella costituisce lo stato giudiziale di chi lo commette: è circostanza puramente personale; poichè il primo reato è stato già punito, e quel giudicato non più rientra in disamina. Il nuovo fatto criminoso è definito qual è, e nello stesso modo come se fosse stato commesso da chi la prima volta delinque. *È recidivo chiunque, dopo di essere stato condannato per un reato, commetta altro reato*; circostanza di persona, e non di fatto.

7. Nella lingua del Lazio *recido, recidere* [2] è *ricadere* [3]. Quindi *recidivus*. Abbiamo però negli autori *recidivae febres* [4], non *reus recidivus*. Anzi questo aggiunto dato alle cose, le indica ripullulanti piuttosto, che ricadenti [5]. Ed a me piacerebbe nelle cose penali piuttosto questa significazion rigogliosa della voce, che l'altra di *ricaduta*, perchè il cadere e il ricadere ci riporta subito la mente a ciò che per debolezza umana avviene ne' fatti *casuali*, o ne' *colposi* vicini al *caso* [6], mentre partendo dall'altra significazione,

scienza del cittadino, non lo rende passibile di alcuna sanzione stabilita per la violazione delle leggi dello Stato. La uccisione della persona con la quale si è contratto solo matrimonio ecclesiastico dà luogo all'applicazione della pena dei venti anni di lavori forzati a tempo stabilita per gli estranei. Lo stesso vincolo ecclesiastico come non è sufficiente per attribuire pensione alla moglie di un impiegato governativo, non la farebbe perdere alla pensionista, la quale contraesse un novello matrimonio solo ecclesiasticamente. Chi avesse un matrimonio legittimo contratto, cioè secondo le leggi dello Stato e della chiesa, o dello Stato soltanto, e dopo un secondo matrimonio contraesse solo ecclesiasticamente, non potrebbe essere considerato come bigamo, e sottoposto all'analoga pena segnata dalla legge. È vero che un tal fatto costituirebbe la più flagrante, delle immoralità da parte del suo autore, ma oltre la pubblica censura, la disistima alla quale certamente soggiace, non potrebbe soggettarsi a pena veruna.

Nondimeno se il matrimonio ecclesiastico fu contratto sotto lo impero dei cennati Decreti Reali, il secondo matrimonio legittimo contratto giusta il codice vegliante, farebbe incorrere nella pena della bigamia il suo autore.

1) Arresto del 15 dic. 1837 nella causa di *Vitantonio Lamanna*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Aurelio Saliceti avv. del ricorrente. — In altra causa si è cercato sostenere essere necessario anche il *visto* del presidente di prima instanza, e di questa mancanza si è elevato un mezzo per annullamento. Ma ciò non riguarda che una forma estrinseca, ed il mezzo è stato rigettato.

(a) *Oggi la età maggiore è prolungata a 21 anni, salve le eccezioni dell' art. 91 cod. pen.*

2) Col *ci* breve, quasi *recadere*, a differenza di *recido, recidere*, in cui la sillaba *ci* è lunga, da *re* e *coedo*, *tagliare*. *Supplicio culpa reciditur.* Hor. Od. III, 24, v. 34.

3) *Omnes in te istaec recident contumeliae.* Plaut. *Men.*, II, 3, v. 54.

4) Plin. *Hist. nat.* XXX, 11, 30. — Cels. III, 4.

5) Et recidiva manu posuissem Pergama victis.
Dum Latium Teucri, recidivaque Pergama (quaerunt.
Così Virg. *Aen.* IV, 344; X, 58 A' quali luoghi Servio osserva, che la voce è impiegata nel senso delle cose rustiche, ove *arbores recidivae, sunt quae sectae repullulant*. Nel qual senso è anche adoperata la voce di Giovenale, Sat. VI, § 363.

Veluti exacta recidivus pullulat arca
Nummus.

6) *Casus a cadendo.* — V. il n. II, pag. 165. — Nel dritto canonico troviamo usata la voce, ugualmente di origine benigna, *relapsus*. *Labi, lapsus* è sdrucciolare, cadere; e *relabor* e tornare indietro. Così Orazio per dir l'impossibile,

Quis neget arduis
Pronos relabi posse rivos
Montibus? Hor. Od. I, 29, v. 10.

veggiamo subito il mal seme che vivo ripullula, perchè mal compresso dalla pena della prima reità; e quindi troviam la ragione di dare alla reità seconda una pena forte che estingua in tutto quel reo germe, e lo disvella.

8 Illustri autori han creduto, che condannato un uomo per qualunque reato, non possa più direttamente nè indirettamente porsi a questo mente nel giudizio di un secondo reato: ciascun reato ha la sua pena proporzionata alla sua qualità e quantità, nè questa può essere accresciuta da circostanze che non son le sue. Ma non è dubbio, che alcune persone hanno doveri più forti degli altri, e in proporzione di tai doveri, ove li violano, debbon essere più severamente puniti. Chi non è ancora condannato, non ha che il freno generale della minaccia della legge, comune a tutti i cittadini. Ma chi delinque essendo tuttavia nello stato giudiziale d'una condanna irretrattabile, mostra bene che il suo animo è rotto ad ogni vizio, e che per lui, individualmente per lui, la pena ordinaria è troppo insufficiente a spegnere il tristo germe de' reati. Perciò abbiamo annoverato il principio penale della *recidiva* tra le circostanze personali che aggravano la pena. Non è il primo reato che agisca direttamente o indirettamente sul secondo, ma è lo stato giuridico del reo ch' esige maggior forza di repressione contro di lui; perchè l' aver misfatto una volta gli è di scala e di abitudine a nuovi misfatti, e invece di emendarsi dopo la condanna, *in eadem temeritate propositi perseveravit* 1).

9. Fissati questi principii, è facile il risolvere tutte le quistioni relative alla *recidiva*. — Niente rileva se la legge sotto il cui impero il reo fu condannato, non prevedeva il caso della recidiva: per applicargli una pena più fo te quando è dichiarato colpevole di un secondo reato, non si richiede altro se non ch'egli allor che commise questo, era nello stato giudiziale di condannato per altro reato: non è la legge abolita che si applica a lui, ma la nuova, che a tutti i condannati prima ch' ella fosse pubblicata, come a tutti i condannati i quali lo sarebbero stati dopo, porse con la pena più grave un motivo più sensibile onde emendarsi 2); e perciò io porto opinione, che anche un già condannato in paese straniero, se venuto poscia nel regno vi delinque, ei dee sottostare alla pena de' recidivi 3). — Niente del pari rileva che la prima condanna fosse stata pronunziata in giudizio plenario, o in sommario ed in truglio: basta ch' ella sia stata condanna irretrattabile 4); niente che il nuovo reato sia dello stesso genere o di genere diverso dal primo (a); niente che la prima pena sia stata condonata per grazia o prescritta, perchè pena condonata, pena prescritta, equivalgono a pena espiata, e la grazia del principe e la prescrizione libera il reo dalla esecuzione materiale della pena, non dallo stato legale di condannato: è il caso veramente in cui *impunitatem veteris admissi non emendationi potius, quam consuetudini deputaverit* 5).

10. Se non che l'applicazione della legge per un secondo reato, diversa è in colui

1) Così Callistrato nella l. 28, XLVIII, 19, *De pöenis*. — Nelle leggi romane non troviamo una regola generale che accresca la pena de' recidivi. In questa l. 28 si prevede il caso di eccitatori di populari tumulti, pei quali la prima volta si minaccia la fustigazione e lo scacciamento dagli spettacoli, la seconda l'esilio, e quando *saepius seditiose et turbulenter se gesserint*, la morte. — Le nostre prammatiche *De furtis*, punivano severameote i recidivi; disposizione anch'essa particolare pel furto. — Ma il *Levitico*, XXVI, 18, ci dà regole più generali. *Sin autem nec sic obedieritis mihi, addam correptiones vestras septulum; et conteram superbiam duritiae vestrae*. Ecco la legge, e la ragione finale della legge. — Gli art. 70 e 71 della legge de' 20 maggio 1808 trattano della recidiva, ma non danno ad essa altro effetto che di distruggere le scusanti. — L'art. 56 del cod. pen. fr. fa giugnere la pena della recidiva fino a quella della morte. Ma il nostro legislatore ha corretto questa durezza. La recidiva non può far accrescere la pena vhe fino all'ergastolo, tranne pei condannati all'ergastolo nel caso contemplato dall'art. 81.

2) Arresto del dì 11 settembre 1837 nella causa di *Francesco-Antonio Prestileo*, Longobardi comm. Nicolini m. p.

3) V. il n. IV, pag. 26.

4) Arresto del dì 24 febb. 1840 nella causa di *Pietro de Angelis*, Pagano-Larosa comm., Nicolini m. p. — V. il n. XXXVI, pag. 464 ove è discussa questa quistione nella causa dello stesso *de Angelis* sul ricorso del pubblico ministero. Egli quindi fu condannato all'*ergastolo*, ed il suo ricorso col detto arresto del 24 febb. è stato rigettato.

(a) *Pel codice penale toscano abbiamo già veduto che il primo reato dev'essere della stessa specie del precedente.*

5) L. 3, C. I, 4, *De episcopali aud.* — L. 16, C

ch' è nello stato giuridico di condannato per misfatto, da quello di colui ch'è nello stato di condannato per delitto. Un minore condannato per misfatto a pena correzionale, ma unicamente per effetto dell'età minore di anni 18, non è meno condannato per misfatto del maggiore condannato a pena criminale: l'età, come la recidiva, son circostanze personali, ma estrinseche alla natura del fatto criminoso 1). Se poi la prima condanna è stata correzionale per escusanti intrinseche al fatto, il reo non può per ciò dirsi condannato per misfatto.

11. Solo è da avvertire ch' essendo la qualità di condannato una circostanza estrinseca al nuovo misfatto, non può una gran-corte criminale aggiungerla nella decisione, se non sia stata dedotta nell'accusa (a), e se non se ne legga in pubblica discussione il documento 2). — Intorno alla differenza tra la *recidiva* e la *reiterazione*, ragioneremo nel trattare della *quinta classe* de' reati di sangue. — Le teorie così della *recidiva*, come della *reiterazione* son comuni così a' reati di sangue, come ad ogni altra specie di reati. Un condannato per reato di sangue se poi commette falsità o furto, o *viceversa*, è sempre *recidivo*.

12. Alle circostanze solamente personali seguono le *circostanze personali insieme e di fatto*. Tali sono la *premeditazione* e la *causale del reato* — La *premeditazione* qualifica sempre il reato di sangue, ancorchè la causale non sia iniqua; ancorchè fosse nata da un reato dell'ucciso; ancorchè se avesse agito *in continenti*, avrebbe scusata l' uccisione. — Ne abbiamo ampiamente ragionato ne'nn. XII a XVI a pag. 569.

13. Le *causali aggravanti*, ancorchè l' omicidio non sia premeditato, sono tre.

I. L'omicidio in persona di chi non è l' offensore per vendicare un' offesa da altri ricevuta. — Art. 352, n. 5. ll. pen.— È l'*innoxium pro noxio* delle nostre antiche prammatiche, e dell' art. 196 della l. 20 maggio 1808.

II. L'omicidio che abbia per oggetto la impunità o la soppressione della pruova di un reato, o la facilitazione d'altro reato, benchè l' oggetto non se ne sia ottenuto. — Rientra nella *quinta classe*, o sia nella categoria dei reati di sangue connessi ad altri reati.

III. L'omicidio per altrui mandato, sia mercenario, sia gratuito. — Rientra nella *sesta classe* nel trattato della complicità.

14. La *causale* adunque è quella che aggrava nei mentovati tre casi i reati di sangue. Altre causali possono renderli escusabili. Ne abbiamo ragionato ampiamente ne' numeri precedenti, trattando delle scuse.

15. Dopo aver numerate le circostanze personali, o miste di persona e di fatto, vengono le altre *circostanze che riguardano il solo fatto criminoso*. Tali sono il *luogo* ed il *mezzo*.

Luogo. — Se i reati son commessi nelle pubbliche chiese in atto di sacre funzioni, la circostanza del luogo li aggrava. Art. 95 e 104.

16. *Mezzo*. — *Veleno ed incendio*.

I. Veneficio, art. 350 ll. pen. — V. pel tentato veneficio il num. XXIII pag. 281. Una rea donna prepara una quantità di veleno atta ad uccidere, e va via: la vittima disgraziata non ne sorbisce incauta che una porzione, inefficace per sè ad uccidere; ed ai primi effetti getta la bevanda. Questo è stato dichiarato veneficio tentato. Non la quantità sorbita, ma la *propinazione* di quantità atta ad uccidere, constituisce questo tentativo. *Propinare* è invitare a bere, o pregustando il bicchiere che si offre, o presentando semplicemente cibo o bevanda. *Propino, poculum magnum, ille ebibit* 3). *Cum venenum, ut sitiens, abduxisset, arridens, propino, inquit, hoc pulcro, Critiae* 4). *Propinus modo conditum Sabinum* 5). *Venenatam partem edendam propinans* 6). Or l'ini-

1, 5, *De haeret. et manichaeis*. — V. la nostra *proc. pen*. I, § 925 a 928, 1023, 1024.

1) V. i nn. XI, XII, XIII, pag. 82 — V. i nn. XVI e XVII, pag. 218.

(a) *Oggi la giureprudenza è molto dubbia al riguardo, e tende piuttosto a ritenere sufficiente la sola lettura della fede di perquisizione in dibattimento come base legale della recidiva*.

2) Arresto del 20 agosto 1832, nella causa di *Paolo Latronico*, Franchi comm., Brancia m. p.— Arresto del 22 dello stesso mese ed anno nella causa di *Luigi d'Onofrio*,

3) Plaut. *Curc*. II, 3, 8.

4) Cic. *Tusc*. I, 40.

5) Mart. X, 49.

6) Capitolin. *M. Aurel*. 15.

qua propinatrice del veleno, dichiarata colpevole di tanto veneficio, attaccò sì fatta dichiarazione, perchè la quantità bevuta non era atta ad uccidere; ma il ricorso è stato rigettato, perchè la quantità propinata lo era 1).

II. Incendio, art. 438 e segg. — Per gl' incendii colposi V. il n. III, pag. 171.

17. Molte quistioni importanti si presentano ogni giorno intorno a questa *quarta classe* di reati di sangue. Ma le più comuni son queste. Delle altre ragioneremo appresso. — Passiamo alla *quinta classe*.

—

XX.

QUINTA CLASSE DE' REATI DI SANGUE

Concorso d'altri reati co' reati di sangue.

SOMMARIO

I. Distinzione di questa categoria in sei casi, § 1.
II. *Primo caso*. — Concorso del sequestro della persona co' reati di sangue, § 2..
III. *Secondo*. — Concorso dello stupro, § 3.— Che intende la legge per *stupro violento*, § 4.—*Quid*, se negli atti particolari constituenti lo stupro, il solo primo sia indubitatamente violento, e gli altri sieno produttori di sofferenza senza resistenza fisica, § 5 — Stupro violento nel quale intervenga un omicidio, § 6 a 8.—*Quid*, se il brutale impeto stesso dello stupro sia quello che uccida? § 9.—Quali articoli di legge debbano necessariamente trascriversi in caso di condanna per stupro violento nel quale intervenga l'omicidio, § 10.
IV. *Terzo*. — Furto accompagnato da omicidio, § 11. — Che s'intende per la parola *accompagnato*, § 12 e 13. — Usurpazione, § 14.
V. *Quarto*. — Concorso dell'omicidio con l'incendio, § 14. — Imputazione de' reati non voluti, quando questi, senza volerli direttamente, nascano da reati volontarii, *ivi*.
VI. *Quinto*. — Disposizione generale per gli omicidii connessi con qualunque altro reato, § 16.
VII. *Sesto*. — Più reati non connessi fra loro, ma giudicati nel medesimo giudizio. — Recidiva, § 16. — Reiterazione, § 18. — Quistioni varie intorno alla reiterazione, § 19 a 23. — Passaggio alla *classe sesta*, § 24.

1. Non vi ha dubbio, che quando più l' uomo è rotto al vizio, non che a' misfatti, tanto più è pericoloso, e degno di maggior repressione nell' ordine civile. Quindi l' aggravamento della pena ne' recidivi 2). Ma più grave è se un reato sia scala ed occasione, o causa, o mezzo, o fine d' un altro; il che non è infrequente ne' reati di sangue. Le nostre leggi distinguono questa categoria in sei casi.

2. *Primo caso*. — L'arresto arbitrario ed il sequestro della persona sono misfatti. Se vi si aggiungano ferite o percosse o altre offese che abbiano anch'esse carattere di misfatto, o l'arresto e il sequestro sieno stati eseguiti con tormenti di corpo, la pena sarà del quarto grado di ferri 3). — E qui la legge, sollecita della salvezza e della libertà del sequestrato, seconda propizia il pentimento del reo 4). Imperocchè quando egli, *pria di aprirsi il procedimento* 5), abbia renduta la libertà alla persona arrestata, detenuta o sequestrata, innanzi del terzo giorno compiuto dopo quello dell'arresto o della detenzione o del sequestro, la pena non è che del terzo grado di prigionia 6); nel quale caso il carcere privato, la detenzione o sequestro, così attenuati, diventano reati correzionali, cioè non misfatti, ma delitti 7).

3. *Secondo caso*. — Lo stupro violento è punito di reclusione (a) 8). Se vi sia intervenuto omicidio, benchè semplice-

1) Arresto del 12 febbraio 1840 nella causa di *Teresa Zecchini*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p.
2) V. il n. precedente, § 6 e segg.
3) Art. 171 ll. pen.
4) V. il n. X, pag. 550.
5) Queste parole della legge sono un argomento di più di ciò che abbiamo detto per l'art. 193 ll. pen. La ritrattazione del falso giudiziario deve avvenire *pria di aprirsi il procedimento penale di falso*. V. il d. n. X, § 19 e segg., pag. 558 ed il n. XVII, pag 588.
6) Art. 172 ll. pen.
7) Arresto del 3 febb. 1834, nella causa di *Niccola de Minno*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p.
(a) *Pel novello codice penale lo stupro violento è punito con la relegazione estendibile a dieci anni (art. 489).*
8) Lo stupro violento non può essere perseguitato in giustizia senza instanza di parte privata.

mente volontario, la pena è quella della morte 1).

4. Sul che sono state elevate parecchie quistioni. — In primo luogo si è disputato de' caratteri della violenza nello stupro. L'art. 408 delle ll. pen. qualifica il furto, come accompagnato da violenza, per alcuni modi che fan temere ingiurie ed offese alla persona del dirubato dalla banda del ladro, come p. e. quando costui si presenta armato, benchè senza minaccia d' impiegare le armi. Nello stupro si richiede violenza effettiva, o sì prossima questa, che non dia luogo alla scelta:

Renditi alle mie voglie, o qui t'uccido. Non può dunque dichiararsi violento lo stupro sol perchè alcuno si è presentato armato alla donna, senza impiegar le armi, o minacciare d'usarne: la violenza dev'essere effettiva, ed o fisica ed inerente all' atto, o tale, ma presente, qual' è il timore che cade *in constantem virum;* pericolo vero della vita, e non quella debolezza femminile che non può mai giustificare la iattura dell' onore 2). Quindi si richiede meno a qualificare il *furto con violenza*, che a qualificare lo *stupro violento;* e la corte suprema ha creduto sempre illegale la formola presa dall'art. 418 pei furti: *consta che il tale abbia commesso stupro accompagnato da violenza.* Le parole della legge *stupro violento*, le quali indicano appunto violenza attuale, onde la volontà contraria è renduta impotente ed assolutamente passiva, non posson essere alterate 3).

5. In secondo luogo si è messo in disamina, se essendo il cominciamento della turpe azione violento per violenza fisica ed effettiva, la sofferenza degli atti successivi debba pure riputarsi violenta. Così si è dubitato, se trasportata a viva forza una giovinetta fuor della strada ove camminava sicura, e gittata a terra in un seminato, benchè senza uso di armi nè minacciata di morte, lo stupro fosse violento; e se subentrato immediatamente al primo stupratore un altro che ne abusò poscia senza resistenza alcuna, costui fosse pur reo di stupro violento. Ma la corte suprema considerò quanto al primo, che la violenza armata constituisce solo una circostanza aggravante, mentre l'ipotesi dell'art. 333 è per l'appunto di violenza senz'armi, qual era il caso proposto: e stoltezza sarebbe il non riconoscere in tutto il progredimento dell' azione l' effetto di quella violenza che non solo vinse la volontà resistente della donzella, ma la mise in istato di non poter fare più difesa. Quanto poi al secondo si osservò, che non per blandizie, non per persuasive, non per petulanza giunse quest'altro all'impuro suo fine; nè ella era uscita mal dalla sofferenza continuata d' una forza maggiore; e senza che dopo il primo at-

Si è disputato se avvenuto il reato in persona di età minore, tal che la querela e l' instanza siasi prodotta dal tutore, o dalla madre e tutrice, vi diventi efficace la rinunzia del solo tutore o tutrice. La corte suprema ha osservato, che l' atto di querela o dell'instanza per la punizione, ed anche della constituzione di parte-civile, oltre ad essere autorizzato ne' tutori dall'art. 37 pr. pen., è un atto di amministrazione, che riguarda un'azion personale, ed è di sua natura urgente per non far disperdere le pruove. All'incontro l'atto di rinunzia per essere efficace dev'essere accettato dal reo, e con esso la parti pongono fine ad una lite già incominciata, o prevengono una lite che sia per nascere. È dunque un *quasi-contratto*, ed una *transazione*. Ma il tutore non può contrarre nè transigere per lo minore, nè per l' interdetto, se non a norma dell' art. 390 ll. civ. (art. 1916 e 1917 ll. civ.). Dunque per rinunziare egli ha mestieri di essere autorizzato dal consiglio di famiglia e dal parere di tre giureconsulti indicati dal procuratore del Re presso il tribunal civile; e la transazione non sarà valida se non quando sarà stata omologata dal tribunal civile. Nè vale il dire, che chi può querelare può rinunziare: perciocchè questa massima può valere per chi fa querela per offese proprie, non per chi la fa per altri, i cui dritti potevano esser conservati, ma non compromessi senza la sua volontà; e se l'interessato è minore, nol posson essere senza le forme indicate dalla legge. Arresto del 5 nov. 1832 nella causa di *Pasquale Manzione*, Camerano comm., Nicolini m. p. — Arresto del 17 febbraio 1840, nella causa di *Cataldo Ristulli*, Franchi comm., Nicolini m p.

1) Art. 333 e 342 ll. pen.

2) Questa violenza dev'essere quella che giustificherebbe l' omicidio, se la donna forte riuscisse fortunata contro il brutale assalitore. V. i nn. XXV e XXVI, pag. 290 e segg. Vi si esige dunque o un atto di sorpresa violenta che metta la persona fuori dello stato di ogni difesa, o atti di resistenza vera per parte di lei, diventati inefficaci contro la superchieria Altrimenti le stesse preghiere e le lagrime (*inultus ut flebo puer* di Orazio) sono piuttosto affettazioni e moine, le quali rivelano, che

Vim licet appelles, grata est vis illa puellis.

3) Arresto del 9 luglio 1832 nella causa di *Donato Ciarullo*, Camerano comm., Nicolini m. p.

tacco le fosse dato di rifarsi e sorgere in piedi, da lui che per umanità e per religione avrebbe dovuto soccorrerla, soffer-se il secondo: fatto, in cui la perdita di ciò ch'ella avea di più caro, non è men grave della contumetia che le si recò con la presenza e l'azion successiva de' due, quasi che fosse stata una vil meretrice. Entrambi dunque furono ritenuti come colpevoli di stupro violento; e solo fu con indegnazione disapprovato, che la gran-corte criminale non avesse riconosciuto nel fatto l'aiuto scambievole de'due, a'termini dell'art. 341, n. 1, e con benignità inopportuna li avesse dannati al minimo della reclusione 1).

6. In terzo luogo si è fatta quistione in che consista il *nesso* tra lo stupro violento e l'omicidio, perchè possa esserne condannato il colpevole all'estrema delle pene. Nel num. III, pag. 21, noi abbiam trattata la quistione generale, *quale debba essere il carattere del nesso fra due reati, quando la legge per la loro unione ne aggravi la pena* Ma sembra che la legge guardi con più rigore lo stupro, che ogni altro reato quando vi si aggiunga l'omicidio.

7. Imperocchè l' art. 341 ll. pen. dà un grado di più di pena, *se la persona contro di cui si è usata violenza* o *se altra persona accorsa in suo aiuto, sia stata ferita o percossa;* e l'art. 342 soggiunse: *i reati preveduti nel precedente articolo, tentati, mancati o consumati, saranno puniti col quarto grado de' ferri, quando la ferita e percossa abbia i caratteri di omicidio tentato o mancato. Se vi sia intervenuto l'omicidio, la pena sarà quella della morte*. Or è piaciuto ad alcuni contraddire all'applicazione di questo art. 342, quando non si avveri l' ipotesi dell'art. 352, n. 6: *sarà punito di morte l'omicidio che abbia per oggetto l'impunità o la soppressione della pruova d' un reato o la facilitazione d' un altro reato benchè l'oggetto non se ne sia ottenuto*. Ma se fosse ciò, l'art. 342 sarebbe inutile. L'art. 352 n. 6 è generale per tutti i reati, ed in un de'suoi casi è anche applicabile all'omicidio della persona stuprata, ove cioè questo non avvenga *in continenti*, ma dopo, onde sopprimer la pruova. Quando la percossa o la ferita o l'omicidio è commesso *in continenti*, allora è preveduto in tutti i casi dall'art. 342. Non dunque solamente se l'omicidio avvenga per facilitare il reato, o per sopprimer la pruova, ma anche se avvenga per disprezzo brutale, o per sazietà, o per quel misto di libidine e di ferocia sì frequente ne'cuori dissoluti, di cui tante volte sono state vittime miserande le città intere e le fortezze prese d'assalto. La legge dice solo: *se la persona sia stata ferita o percossa... se vi sia intervenuto l'omicidio* (a). Il reato che *interviene* in un fatto, così nell'incominciare, che nell'eseguire e compiere un fatto, non è altro che quello il quale avviene o frammisto a questo, o ne'momenti antecedenti e susseguenti ad esso congiunti.

8. È piaciuto pure ad alcuni escludere dall' art. 342 coloro ne' quali per uccidere ha agito altro motivo, occasionato bensì dallo stupro, ma che non è solo la libidine. Tale fu il caso d'una donna, che spinta all' estremo dalla violenza sofferta, ingiuriò e percosse il suo violatore, e costui l' uccise, sì che senza quest' ultima cagione sopraggiunta, l'omicidio forse non sarebbe avvenuto. Di ciò abbiamo trattato altrove 2). Tale fu pure la bestialità sagrilega d' un mostro più feroce, che uc-

1) Arresto del 3 agosto 1832, nella causa *Mauriello* e *Finiello*, CAMERANO comm., NICOLINI m. p. — Della violenza fisica ed effettiva, necessaria perchè l'attentato al pudore si dica violento, e del modo onde motivarla, abbiamo ragionato nel *Suppl. alla collezione delle ll.* n. V, § 6, n. XI, § 8, n. XII, § 7, n. XIII, § 27, n. XIV, § 5.

(a) *Pel novello codice penale se nella consumazione dello stupro violento avviene la morte della stuprata, l'agente qual responsabile di omicidio volontario, o di offesa volontaria dalla quale è seguita la morte, sarà soggetto alla pena ordinaria dell'omicidio od a quella diminuita di uno o due gradi ove concorra il beneficio dell'*ultra finem; *ma non sarà passibile della pena di morte che nel caso di aver commesso l' omicidio per celare lo stupro precedentemente consumato. Però in quest' ultimo caso bisogna proporre ai giurati la quistione del nesso, cioè se la uccisione fu consumata nello scopo di distruggere la prova dello stupro già commesso: nè vi è codesto scopo se la morte della stuprata è stata la conseguenza di malattia comunicata alla vittima, o del terrore ispiratale per consumare lo stupro, o dei ferimenti commessi allo scopo di forzarla a condiscendere al desiderio del seduttore.*

2) V. il n. XXXVI, pag. 464.

cise la donna violata, sol perchè ella gli alzò supplichevole sugli occhi una corona con la santa medaglia della Vergine. Ma la corte suprema con giusta severità rigettò sì fatte cavillazioni 1). — Altri poi ha voluto sottrarre dal rigor della legge chi per vendetta d'una ingiuria precedentemente ricevuta ha stuprato ed ucciso. Così un pastorello di dodici anni che suonava con arte il flauto pastorale, pregato con puerile insistenza da fanciulla di pari età a farne sentir di nuovo l' armonia, le rispose scherzando con equivoche parole. Di ciò adontato il padre di lei, giurò di fargli sentire il suo flauto. E dopo qualche giorno, trovatolo solo, lo ghermì, ne abusò, gl' intromise poi un grosso stecco nella parte violata, e denudato l' impiccò ad un albero, spettacolo osceno e miserevole a tutta quella campagna. Dannato nel capo, il suo valoroso difensore sosteneva esser questo misfatto d' ira, non di libidine. È libidine efferata, rispose la corte suprema, e rigettò il ricorso 2). E quanti stupri non hanno altra causale, che la vendetta d'un'offesa ricevuta 3)? Quanti ne hanno una cagione men rea, quella p. e. di togliere ogni ostacolo ad un matrimonio? La legge forse distingue il caso in cui si venga all' atto turpe per quel solo impeto brutale, proprio de' *peccator carnali*,

Che la ragion sommettono al talento 4), da quello in cui si stimoli e si aguzzi quest' impeto, onde servire ad un' altra passione? Quello è comune a tutti i selvaggi, che poco differenziano da'bruti 5). Ma irritarlo per altro disegno, falsifica la stessa natura, e di tanto è più ributtante e odioso, quanto è meno mosso da bisogno mal temperato, sì, ma pure animale. Potrebbe l' atto consumarsi senza eccitamento forzato alla libidine? Se la religione e la legge esecrano il fine solo del grossolano godimento, molto più lo esecrano quando vi si mesce e n' è causa il fine di vendicarsi: questo aggrava, non escusa il reato. Un motivo men reo, se muove al solo attentato al pudore, è pure gravemente riprovato, ma può meritare la remissione e la riconciliazione dell'offesa. Se però vi si aggiunga la sua uccisione, chi è che non ne prenda scandalo ed orror maggiore, e non raddoppii la sua indegnazione contro il libertino omicida?

9. In quarto luogo si è dubitato, se intervenuto l' omicidio per l' impeto dello stesso stupro violento, sia applicabile l'art. 342. E qual difficoltà può esservi, se questo è appunto il caso dello stupro in cui è intervenuto l'omicidio? Solo può disputarsi della minorante dell'art. 391, se l'uomo incontinente non potea prevederne lo effetto più funesto 6).

10. In fine si è osservato, che l' art. 342 comincia con le parole: *I reati preveduti ne'precedenti articoli* (§ 7). È egli necessario, in caso di condanna, il trascrivere non solo quest'art. 342, nel quale è stanziata la pena, ma anche i precedenti? La corte suprema ha risposto negativamente 7). Il real rescritto del dì 8 marzo 1820, spiegando l'intelligenza dell'art. 294 proc. penale, non esige altro che la trascrizione del solo testo della legge applicata 8).

1) La sacra corona che strinse fra le mani e si avvolse al collo una giovine forese, venuta a mano d'uomini scellerati, fu il pegno di fiducia e di soccorso nella Lucia del Manzoni, la quale nè fu soccorsa in effetti (cap. 21). Lo scellerato di cui parliamo, troverebbe posto convenevole tra gli avvenimenti schifosi di altri romanzi, intenti non già ad instruire, come i *Promessi sposi*, ma a farci ribrezzo co'più orribili esempii di degradazione dell'umana natura. — V. la *nota* 1 alla pag. 115, ove abbiam riferita questa causa.

2) Arresto del dì 11 giugno 1838, nella causa di *Francesco Famiglietti*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Ant. Fazzini avv. del condannato.

3) E non è che per vendetta d'un oltraggio all'onore l' *hunc perminxerunt calones* di Orazio, Sat. II, 44.

4) Dante, Infer. V, 38.

5) *Tout le monde sait que le mecanisme de ces parties est indépendant de la volonté: on ne commande pas a ces organes: l'ame ne peut les régir: c'est du corps humain la partie la plus animale. Pourquoi donc l'homme ne traite-t-il il pas cette partie comme rebelle, ou du moins omme étrangère? Pourquoi semble -t- il lui obéir?* Buffon, *de l'homme*, art. *de la puberté* Ma quando la parte animale non agisce come rubella per isforzare la volontà regina, ma questa regina sforza lei contro la sua natura, sarebbe strano che se è colpevole la volontà quando debole si lascia sforzare, lo fosse meno quando ella sforza. Non è ladro, disse Paolo, *qui ancillam non meretricem libidinis causa subripuit* (L. 82, D. *De furtis*). Ma lo è più gravemente se alla libidine aggiunge anche l' avidità di far sua la schiava contro la volontà del padrone.

6) V. il n. VIII, pag. 184.

7) Arresto del 3 agosto 1835, nella causa di *Vito di Marino*, Montone comm., Nicolini m. p.

8) In caso di stupro in cui intervenga l'omici-

11. *Terzo caso. — Furto accompagnato da omicidio consumato, o da ferite o percosse che costituiscano l'omicidio mancato* 1).

12. La prima quistione che si è agitata sopra questo articolo, è stata dell'intelligenza della parola *accompagnato*. La legge non dice, come disse negli stupri, *furto nel quale intervenga omicidio* (§ 7). La parola *accompagnato*, al pari della frase, *in cui sia intervenuto*, indica egualmente che l'omicidio accada nell'atto stesso del furto, o incontanente 2). Ma la corte suprema di giustizia fin dal 1813 diede una significazione certa alla frase, *omicidio che accompagna altro reato*, e segnò la differenza di questa dall'altra frase, *omicidio che interviene mentre si commette un altro reato*. Per verificarsi la prima ipotesi dee scoprirsi nel proposito del misfattore il nesso fra i due reati di far servire l'omicidio alla consumazione del furto o impunità del reo 3). La giurisprudenza della corte suprema si è poi trasfusa nell'art. 408 n. 3, delle ll. pen., e questo nesso si rinviene sol quando l'atto di violenza alla persona *si commetta prima o contemporaneamente al furto*, *o anche immediatamente dopo, ad oggetto di agevolarne la consumazione o l'impunità, o di salvarsi dall'arresto o dalla conclamazione, o di far ritogliere la cosa involata, o in vendetta d'essere stato impedito o procurato d'impedire il furto, o in vendetta d'essere stata ritolta la cosa involata, o scoverto l'autore*. Le quali ipotesi sono tutte regolate dalla condizione, se *si commetta prima o contemporaneamente al furto, o anche immediatamente dopo*; e così la parola *accompagnato* dell'art. 428 è tuttavia lo stesso che l'antico *in continenti*. Quando l'omicidio non avviene *in continenti*, bisogna ricorrere, come abbiamo detto per gli stupri (§ 7), all'art. 352 n. 6, del quale ragioneremo or ora. Sempre però è vero che l'art. 418 trae la sua spiegazione unicamente dall'art. 408 n. 3: altrimenti si rischierebbe di cadere nell'arbitrario. *Et hoc iure utimur* 4).

13. Nè rileva se l'omicidio sia stato improvvisamente deliberato nell'atto del furto, o entrò nel disegno precedente 5). Solo si è dubitato, se l'involamento d'una cambiale, o l'estorsione d'una soscrizione a false obbliganze, accompagnata da omicidio, entri nel caso dell'art. 418. La corte suprema è stata della opinione più rigida 6). Sempre però si è richiesto che nella decisione si esprimesse con apposito ragionamento il nesso indicato dall'artic. 408 tra l'omicidio e l'altro reato: altrimenti si è annullata la condanna per mancanza di motivazione 7).

14. Da ultimo la legge contempla, come caso affine al furto accompagnato da reato di sangue, anche *l'usurpazione accompagnata da omicidio consumato, o da ferite o percosse che constituiscano l'omicidio mancato* 8). La pena, come la intelligenza della ipotesi in caso di usurpazione, è la stessa che quella pei furti, tranne che in questi la pena debb'essere espiata col laccio in su le forche.

15. *Quarto caso.* — Nell'incendio volon-

dio, ove sia stato accusato lo stupro e non l'omicidio, o *viceversa*, si è quistionato, se si possa in altro giudizio perseguitare il reato non compreso nel primo atto di accusa. Vedine la quistione al n. XX, § 16 e 17, pag. 243 — Per lo remissioni in caso di stupro violento, l'art. 40 delle ll. di procedura penale esclude il caso in cui il reato sia commesso *con riunione armata*. Il real rescritto de' 27 novembre 1819 proscrive, che questa *riunione armata*, per escludere il beneficio della remissione, debba esser tale che constituisca la violenza pubblica a' termini dell'art. 147 ll. penali.

1) Art. 418 ll. pen.

2) La forza della frase *in continenti*, è stata da noi indicata al n. XIX, § 9 e 10, pag. 128.

3) V. il n. III, pag. 21.

4) Arresto del 23 luglio 1832, nella causa di *Pasquale Rizzo* ed *Antonio Miele*. Montone comm., Nicolini m. p. — Arresto del 29 novembre 1833 nella causa di *Pompeo Cibellis*, Montone comm., Brancia m. p. — Arresto del 6 nov. 1839 nella causa di *Maurizio Epifanio*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Carlo Poerio avv. del ricorrente; ed altri arresti moltissimi, e sempre uniformi.

5) Arresto del 9 settembre 1833, nella causa di *Francesco Cinque*, Montone comm., Nicolini m.p.

6) Arresto del 15 marzo 1837, nella causa di *Paolino Greco*, Longobardi commessario, Nicolini m. p., G. Marini-Serra avv. — L'avvocato generale dimandò l'annullamento della definizione del misfatto, credendo che non l'art. 418, ma l'art. 352 n. 6 fosse applicabile. Se il fine cui si propose il misfattore, non era il furto, ma altro reato, non potea dirsi furto accompagnato da omicidio, nè la pena era del laccio sulle forche. Ma la corte suprema rigettò il ricorso.

7) Arresto del 25 settembre 1835 nella causa di *Pietro della Rosa*, Montone comm., Nicolini m.p.

8) Art. 429 ll. pen.

tario d'una casa, d'un fondaco, d'un'abitazione, o di altro edifizio o ricovero qualunque, abitato da persone nell'atto dell'incendio, se vi è perita o rimasta gravemente offesa alcuna persona, la pena è sempre quella dell'ultimo supplizio, ancorchè l'incendiatore non avesse avuto intenzione di uccidere o ferire quella persona, nè avesse saputo ch'ella vi era 1). È uno de' pochi casi in cui l'omicidio colposo intervenuto per un reato pienamente doloso, aggrava questo fino alla morte. — Le ferite o percosse volontarie dalle quali deriva fra quaranta giorni la morte dell'offeso, benchè l'offensore non avesse avuto intenzione di uccidere, nè avesse preveduto l'omicidio, constituirebbero del pari un omicidio colposo derivato da un reato doloso. Nondimeno il colpevole è tenuto qual omicida. La quistione sola che in questo caso rimane, è s'egli che non ha preveduto tal conseguenza funesta, potea prevederla. La legge presume ch'egli il poteva, se ha fatto uso di *armi proprie*. In ogni altro caso è pura quistione di fatto individuale. Ne abbiamo già trattato ampiamente 2). Se dunque il reo abbia ferito o percosso premeditatamente, e potea prevedere le conseguenze maggiori d'una ferita o percossa premeditata, egli sarà tenuto qual omicida con premeditazione.

16. *Quinto caso*; sanzione generale. — *Sarà punito colla morte l'omicidio che abbia per oggetto l'impunità o la soppressione della pruova di un reato, o la facilitazione d'un altro reato, benchè l'oggetto non se ne sia ottenuto* 3). Ne abbiamo ragionato anche sopra (§ 7 e 12). Qui non si esige necessariamente la contemporaneità e la continuità dell'atto: non si mira che all'oggetto; il nesso tra l'uno e l'altro reato è nel solo proposito del delinquente. Nè importa che l'omicidio sia avvenuto molto prima o molto dopo dell'altro reato, nè che sia o non sia premeditato. Basta che questo si commetta per uno degli oggetti sopra indicati. Adunque gli art. 342, 418 e 429 riguardano gli omicidii commessi in *continenti* allo stupro o al furto o alla usurpazione: l'art. 352, num. 6, non fa conto del tempo.

17. *Sesto caso*. — Fuori del concorso de' reati nelle cinque sopra descritte particolari circostanze, il reo di più reati i quali non abbiano in sè alcuna connessione fra di loro, se è stato giudicato pei più antichi, sì che si trovi nello stato giuridico di condannato, ed o nel corso della pena, o dopo l'espiazione di essa, commetta altro reato, il reato già giudicato non entra più in disamina nella causa del reato più recente: solamente vi è considerato lo stato giudiziale del reo, come una circostanza personale. Di ciò abbiam ragionato nel n. precedente (§ 6).

18. Ma se nè del primo nè de' posteriori reati egli sia stato ancor giudicato, egli è *reiteratore*, non *recidivo*: al che non si è provveduto da altri codici penali, tranne il codice sardo pubblicato in ottobre 1839. La legge nostra de' 20 maggio 1808 diede alla reiterazione gli stessi effetti della recidiva. Ma il codice del 1819 porge norme assai più filosofiche e graduate pei varii casi della reiterazione, e per le differenze tra questa e la recidiva.

19. Abbiamo detto nel n. precedente (§ 11), che non può una gran-corte condannare alcuno come recidivo se ciò non è espresso nell'atto di accusa. Ma quando alcuno è accusato di più reati nel medesimo giudizio, la reiterazione è circostanza intrinseca al fatto, e benchè la parola *reiterazione* non sia espressa nell'atto di accusa, pure deve il giudice condannare il reo come reiteratore. All'incontro se il reo fosse stato giudicato solamente pel secondo reato, e non già pel primo, niuna legge vieta ch'ei possa essere menato in giudizio pel primo reato; ma non può il giudice condannarlo come recidivo, nè come reiteratore. Non come recidivo, perchè l'imputato della prima reità la quale viene in giudizio, non n'era stato ancor condannato quando commise la seconda; non come reiteratore, perchè si esige per l'accrescimento della pena, che i due o più reati sieno sottoposti allo stesso giudizio 4). Se i due reati son giudicati in due diversi giudizii, ciascuno avrà la sua

1) Art. 438 e segg. ll. pen.
2) V. i nn. II e segg. pag. 21.
3) Art. 352, n. 6, ll. pen. V. la *nota* pag. 608.
4) Arresto del 22 dicembre 1834 nella causa di *Marino Mattozzi*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p. — Arresto del 1 aprile 1840 nella causa di *Giuseppe Tittoferrante*, PAGANO-LAROSA comm., NICOLINI m. p.

pena ordinaria, e per la esecuzione si serberà la norma dell'art. 53 delle ll. p. 1).

20. Può certamente una gran-corte ad un reo d'un solo misfatto applicare al massimo la pena, s'ella è temporanea. Ma se la gran-corte vi considera la reiterazione di più misfatti, mentre ha trovato un d'essi così escusabile che non meriti altro che una pena correzionale, e crede dovere appunto per la reiterazione, dare il massimo della pena al reato più grave, ella offende la legge. Ella *poteva* ciò fare, perchè il minimo al massimo del grado è rimesso al suo arbitrio 2); ma non può dire di *dover* farlo per necessità di legge, quando l'uno de' due reati è diventato correzionale 3).

21. Abbiamo osservato anche nel n. precedente (§ 9), che la pena condonata per grazia, o prescritta, ritiene il reo nello stato giuridico di condannato. Se dunque ei commette altro reato, è recidivo — Ma se non la pena giudicata già sulla prima accusa, ma l'azion penale pria di essere giudicata è prescritta, egli non può esser più considerato qual reiteratore, perchè pel primo reato non pure non vi è più luogo a procedimento, ma gli si dee la fede di perquisizione negativa 4). Ove poi l'azion penale sia amnistiata, il nuovo reato la ravviva; ed il reo dev'esser menato in giudizio sì pel primo e sì pel secondo reato colla qualità di reiteratore. Se non che nella decisione la prima quistione è della sussistenza del reato ravvivatore, cioè a dire del secondo. Se questo non consta, non si passa ad altra quistion di fatto, ed il reo è liberato. Se poi consta che il reo lo abbia commesso, allora si passa a conoscere se consti del primo reato, onde darsi luogo al disposto dell'art. 86 della ll. pen. 5).

22. Ed è da avvertire, che la corte suprema ha creduto, non senza qualche mio dubbio, che pel reato già amnistiato non possa il reo invocare la prescrizione. La ragione che se n'è data, è che il ministero pubblico non agisce contro di esso che in forza del nuovo reato che ne ravviverebbe l'azione; poichè il reo godendo l'amnistia fino a tanto solamente che non incorra in nuovo reato, fino a tanto che tal condizione non si avveri, l'azione del ministero pubblico è più sopita, che estinta: *cessat, non extinguitur;* e *contra non valentem agere non currit praescriptio* 6). Se non che ragione di dubitare per me è stata sempre l'osservazione, che l'amnistia non è impedimento di uomo o di fortuito accidente, ma è un fatto del principe che abolisce l'azione e vieta al ministero pubblico di riassumerla in ogni caso, tranne quello in cui cada il reo in novello reato. Or se allor ch'ei cade in questo nuovo reato, sia già scorso il termine della prescrizione dell'azione, la prescrizione forma un'eccezione più forte dell'amnistia, perchè è di dritto pubblico, nè può rinunziarvisi, come può rinunziarsi all'amnistia. La legge che parlando dell'eccezione perentoria dell'amnistia, la toglie espressamente di mezzo quando si commette un nuovo reato, non toglie di mezzo in questo stesso caso anche la prescrizione; la quale corre sempre da momento in momento, dall'ultimo atto giudiziario della causa in poi.

23. Abbiamo già esposta la legge, che punisce di morte l'omicidio commesso per riuscire impunito da un altro reato (§ 16). Se però un altro reato, come p. e. la falsità, si commette per riuscire impunito d'un omicidio, questo *falso giudiziario* non constituisce che la semplice reiterazione in misfatto, quante volte però l'omicidio e la falsità formino oggetto dell'accusa medesima 7).

24. Questi ci sembrano i casi più ovvii di più reati che si aggravano fra di loro. Passiamo ora a ragionare di più persone che commettono lo stesso reato.

—

1) Arresto del 31 agosto 1838 nella causa di *Niccola Garsia*, Longobardi comm., Nicolini m.p.

2) *Arbitrio* che non dee trasmutarsi in *capriccio*. È l'*arbitrium boni viri* degli antichi. — V. il n. XI, pag. 200.

3) Arresto del dì 11 luglio 1832, nella causa di *Giuseppe Rubillo*, Di Giovanni comm., Nicolini m. p.

4) Arresto del dì 11 genn. 1839 nella causa di *Emidio Limongelli*, De Luca comm., Nicolini m. p.

5) Arresto del 1 ottobre 1832 nella causa di *Biagio d'Ambra*, Camerano comm., Nicolini m. p.

6) Arresto del dì 30 settembre 1835 nella causa di *Giuseppe di Lollo*, Montone comm, Nicolini m p.

7) Arresto del dì 4 novembre 1839, nella causa di *Raffaele Pagano* e *Sabatino di Michele*, De

XXI.

SESTA CLASSE DE' REATI DI SANGUE.

Concorso di più persone nello stesso reato.

SOMMARIO

I. Non tutta questa classe è compresa nel solo trattato della complicità, § 1.
II. Come una gran-corte possa variare la definizione del reato accusato, e quindi la pena, diversamente dal riassunto dell'atto di accusa, § 2 e 3.
III. Violenza pubblica, specie di aggravante nella complicità, § 4. — Passaggio alla *classe settima*, § 5.

1. Il concorso di più persone in un reato di sangue non solamente può avvenire per *complicità*, come abbiam veduto nel n. XXIII (pag. 145), nel n. XXIX (pag. 310), ne' nn. IX (pag. 369), XXIX (pag. 439), XXXII (pag. 450) e XXXVII (pag. 467) e ne' nn. XIV (pag 581) e XV (pag. 584): può avvenire ancora senza concerto nè conscienza di ciò che si fa o vuol farsi dagli altri. Ne abbiamo già presentati molti casi, particolarmente negli omicidii in rissa. Vedi i nn. XVI (pag. 400), XXI (pag. 411), XXVII (pag. 434) e XXVIII (pag. 436).

2. Stabilita questa distinzione, è facile il dedurne che se molti sieno accusati come colpevoli di un omicidio, può la gran-corte, senza nuovo giudizio, dichiarare per ciascuno la precisa reità, come p. e. dichiarar complice chi è accusato qual autor principale.

3. E ciò deriva dall'art. 299 procedura penale: *Se nel corso delle discussioni risulti un misfatto nuovo che non sia stato mentovato nell'atto di accusa, la gran-corte, a pena di nullità, non può giudicarne in quello stesso giudizio: l'imputato sarà rimesso ad un giudizio novello.* Può dunque giudicarne in quello stesso giudizio, quando il misfatto sia mentovato nell'atto di accusa. Se dunque nell'atto di accusa è detto p. e. che l'accusato di furto vien manifestato tale, perchè aveva in potere gli oggetti furtivi, sia che questi sono stati legalmente reperti presso di lui, sia che per altre pruove ei n'è chiarito ditentore, la ricettazione degli oggetti furtivi non è un misfatto nuovo la di cui notizia sorge improvvisamente nel corso della pubblica discussione, ma era già mentovato nell'atto di accusa, e può la gran-corte pronunziare: *non consta che l' accusato abbia commesso furto*, *ma consta che abbia commesso sciente ricettazione*. Così pure, accusato alcuno di omicidio per mezzo di ferite, ovvero accusato di veneficio per mezzo di sostanze medicinali o nocevoli alla salute, può essere assoluto dell'omicidio, o del veneficio, e dichiarato colpevole di ferita, o di vendita di bevande adulterate, o di spaccio di sostanze medicinali in contravvenzione de' regolamenti. Così finalmente, accusate più persone di aver commesso un omicidio, nel loro concorso scambievole risiede la complicità rispettiva; e dichiarare l'uno autor principale, e l'altro complice, o dichiarar tutti complici rispettivi, non è un fatto nuovo, ma era inerente al fatto stesso già spiegato nell' atto di accusa. Al che van d'accordo le facoltà accordate al pubblico ministero dall'art. 276 1).

4. In quanto poi a'principii della teoria della complicità secondo le nostre leggi, è da distinguere il caso della riunione armata che constituisce la *violenza pubblica*, da quello in cui vi è riunione senza violenza pubblica. È accompagnato da violenza pubblica ogni reato commes-

Luca comm., Nicolini m. p., A. Ciancio avvocato de' ricorrenti.

N. B. Al § 4 del n. precedente, relativo al *coniugicidio*, si aggiunga, che quando il matrimonio legittimo è messo in controversia, commette nullità una gran-corte, se trae la sua convizione da un estratto dello stato civile in cui manchi qualche formalità richiesta dall'art. 47 delle ll. cc., o non pertanto chiami questo, *estratto legale*. Arresto del 24 aprile 1840 nella causa di *Michele Bufano*, Montone comm., Nicolini m. p., Leop. Tantini avv.

1) V. il n. XXI, pag. 137.

so da un numero non minore di tre individui riuniti a fine di delinquere (ecco la scienza mutua, senza la quale non v'è complicità), de'quali due almeno sieno portatori di armi proprie. La violenza pubblica adunque è una specie di complicità, anzi n'è una circostanza aggravante; perchè allora nel misfatto abbiamo certa la sciente cooperazione scambievole sostenuta col mezzo delle armi proprie, l'uso delle quali non è permesso che alla forza pubblica. Mancata la complicità, manca l'aggravamento della pubblica violenza. Quindi non vi è violenza pubblica, se alcuno della riunione armata abbia commesso il misfatto di sua sola volontà senza scienza nè facilitazione sciente degli altri 1).

5. Abbiamo discorso della violenza pubblica nel nostro trattato *delle armi* (N. IX e X, pag. 188 e segg.) Della complicità senza violenza pubblica ragioneremo nel n. seguente.

XXII.

SETTIMA CLASSE DE' REATI DI SANGUE.

Commissione di circostanze appartenenti a più delle summentovate altre classi.

AVVERTENZA PRELIMINARE

Ne' reati di sangue possono insiem commiste trovarsi e più circostanze personali e di fatto, e più e diversi reati di varia imputazione, e più persone, ec. ec. Questa mistura constituisce la 7.ª classe, secondo la nostra ripartizione, p. 72. Tale è il caso della conclusione seguente, in cui si tratta di furto accompagnato da omicidio, e di complicità: quinta e sesta classe commiste insieme.

SOMMARIO

I. Preminenza della nostra legislazione penale intorno al tentativo ed alla complicità. § 1.—La teoria ne fu fondata colla giurisprudenza benigna della real camera di S. Chiara, § 3. — Come, e perchè la giurisprudenza è stata sempre temperamento di benignità, e supplimento della legge, § 3.

II. Stato della quistione, § 4. — Confusione comune ne' nomi e ne' caratteri distintivi di *autor principale* e di *complice*: in distinguer questi sta tutta la causa, § 5 e 6.

III. Discussione intorno alle voci impiegate per disegnare i *complici*. — Quando il legislatore definisce un nome di legge, l'allontanarsi da questa legale significazione, è violare manifestamente il testo della legge, § 7. — La parola *complex* non è nelle ll. romane: vi è *conscientia*, o qualche altra voce di genere, § 8. — *Auctor, socius* propriamente detto, ed *affinis* ne furono le tre specie, § 9. — Come le voci *correus*, *complex*, siensi introdotte nel fòro penale, § 10. — Diventate voci italiane, sono state sempre arbitrariamente definite, § 11.

IV. Nomi e sistema adottati appo noi dalla legge penale de' 20 maggio 1808, § 12.

V. Il sistema vero nasce dal seguire la natura delle cose: questa è, che in un fatto in cui molti sono implicati, non sempre tutti materialmente lo eseguono: spesso altri lo consuma fisicamente, altri v' influisce e coopera, § 13. — Il nome nieote rileva: intanto la legge chiama *autore*, o *autor principale* il primo, e *complice* il secondo, § 14 e 15.

VI. La materiale esecuzione del reato, in quanto all'atto fisico non ha gradi: ma le occasioni, le concause, la partecipazione nel fatto, possono avere gradi d' influenza infiniti: la legge riduce questi a due soli in quanto alla definizione, come a due in quanto all'imputazione ed alla pena, § 16 e 17.

VII. Questi gradi non sono confusi dal vocabolo *correo* di cui talvolta fa uso la legge: esso è vocabolo di genere, come *conscientia*, *societas*: le due sue specie sono sempre *autore* e *complice*, § 18 e 19.

1) Art. 147 ll. pen. — Se però una comitiva armata riunita nel fine di commetter reati, senza specificato disegno di questo o di quello, agendo in seguito di tal concerto comune, si divida nei suoi componenti, si che da uno o da due di essi si commetta un misfatto senza la presenza degli altri, quest'uno e questi due sono sempre tenuti di violenza pubblica, e gli altri di complicità. Art. 155 ll. pen. — Arresto del 16 dicembre 1833 nella causa di *Domenico Summonte*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Arresto del 27 luglio 1835, nella causa di *Francesco Imperatore*, Longobardi comm. Nicolini m. p. — Le quistioni più importanti intorno alla *violenza pubblica* sono state trattate nel *Suppl. alla collez. delle ll.* n. 82, 83, 88, 113 e segg. V. quivi le massime 109 a 124.

—

Sezione I.

Stato della quistione.

1. Signori 1), tutte le volle che a me si offre l'occasione di ragionare di quella parte di patria giurisprudenza, la quale trasfusa nell'ultima nostra legislazione penale, innalza questa al di sopra di ogni altra, non che della francese, mi gode veramente l'animo, e niun discorso io fo e ripeto tanto volentieri. Superiorità sì fatta è già celebrata da scrittori chiarissimi; e se alcuno con troppa leggerezza ha asserito, non essere le nostre leggi penali, che una copia del codice penale di Francia 2), è surto a vendicarle lo stesso procurator-generale presso la corte di cassazione di Parigi, l'illustre Dupin, il quale nella sua *Biblioteca scelta de' libri di diritto*, non dubita esprimersi con queste solenni parole: « De' nostri codici, quello che nel regno delle Due-Sicilie è stato soggetto a maggiori cangiamenti, è il codice penale; e tutte le modificazioni fattevi, si veggono dettate da uno spirito costante di filantropia e di umanità. Non vi ha miglioramento, che ora (correva il 1832, quando ciò dicevasi in Francia) che ora si discuta qui nella camera de' Pari, il quale non esista in Napoli fin dal 1819; e sopra basi ben più estese e più solide 3). » Nella enumerazione poi di questi miglioramenti non ha l' ultimo luogo la graduazione della imputazione e della pena relativamente al *tentativo* 4) ed alla

1) Conclusioni pronunziate nella causa di *Domenico Maiolino* e *Vincenzo Barletta*, 8 marzo 1837, Montone comm., Nicolini m. p., Leopoldo Tarantini avv. de' ricorrenti.

2) Nella nostra *Procedura penale* abbiamo toccato spesso quest'argomento e particolarmente nella *parte prima*, § 281, 282 e 720, e nella *parte seconda*, § 351 e 352.

3) Dupin, *Profession d'avocat, Bibliothéque choisie des livres de droit*, tit. 10, art. 16, § 2.

4) Abbiamo trattato del tentativo ne' nn. XXI, XXII e XXIII, pag. 245 e segg. *Quist. di diritto*; e quivi abbiam dimostrato, come la teoria del *tentativo* sia legata a quella della complicità (§ 58). Per compierne il trattato, giova aggiungervi ciò che abbiam detto del *tentato veneficio* alla pag. 603. E non ha guari si è presentata alla corte suprema una causa di *furto tentato*, in cui due donne con tutta la più pertinace intenzione di commettere un furto, scavarono il pavimento su cui poggiava un armadio, credendovi riposto danaro; ma nulla vi rinvennero, e rimaser deluse. Contuttociò una gran-corte le dichiarò colpevoli di tentato furto. Ma la corte suprema annullò tal dichiarazione pei seguenti motivi:

« Considerando che qualora là dove si vuol commettere un furto, non esistano gli oggetti furtivi, chi si attenta a rubarli agisce unicamente per una falsa credenza; ma è impossibile ch'egli giunga alla esecuzione del reato; e perciò gli atti esterni i quali manifestano la rea volontà, non possono mai venir qualificati atti di vera esecuzione, non che atti prossimi all'esecuzione; perchè per essi non si può giugner mai alla consumazione del reato. Così il tirare un colpo fra i cespugli o fra le ombre, dove la fantasia dava corpo ad un individuo odiato, rivela certo un malvagio disegno; ma non è omicidio mancato nè tentato, quante volte niun uomo, non che l' individuo che vi si cercava, esisteva quivi, nè poteva corrervi pericolo; e molto meno lo è, quando in quel momento l'uomo il di cui sangue si richiedea con tant' ira, era già uscito da più tempo naturalmente da' vivi:

« Che fondamento della convizione di ogni reato consumato è in primo luogo l' esistenza del subbietto del reato in atto che questo si commette, ed in secondo luogo la sua alterazione e cangiamento di stato, o sparimento e mancanza come effetto del reato che si è commesso: i reati poi tentati o mancati sono appunto tentativi, e non consumazione, perchè questa seconda parte della pruova generica non si è verificata contro il voto del colpevole. Ma non può esservi nemmen tentativo, se la prima parte della pruova generica non si ve-

complicità; graduazione ch' egli encomia come *immaginata con estrema saggezza.*

2. Non pertanto vi ha ancora nel regno chi abbiura questa gloria, e per l'appunto nelle quistioni di complicità vuol dare all'uso de' nostri giudizii per guida la giurisprudenza francese; mentre sarebbe più glorioso, e più proprio nostro, il ricorrere a quella della nostra real camera di Santa-Chiara: chè non erano alla real camera ignoti, anzi da lei son derivati i principii che intorno a questa materia vengono stabiliti dalle nuove leggi penali. Ed io medesimo, benchè tali teorie fosser contrarie alla legislazione francese, ed avessi dovuto ragionarne ne' primi mesi della francese occupazione, io ve le ho sostenute con successo nella causa de'complici di *Michele Salvato*, esecutor materiale di molti misfatti commessi all'ingresso delle armi francesi, in febbraio 1806, col carattere di concerto fra più persone per sedizione e saccheggio 1). E pure in questa specie di reati, le nostre prammatiche non distinguevano affatto *esecutori materiali* da *complici*; la sola benignità della giurisprudenza, introdotta da quel supremo consesso, avea raddolcito per lungo uso il rigor della legge 2).

3. Oggi sarebbe falsa, ed anche colpevole una giurisprudenza che si attentasse di contrabbilanciare, non che vincere la autorità della legge 3); però che la stessa legge ne toglie ogni pretesto, per aver ella adottate e stanziate le regole più benigne di quella giurisprudenza. Così non più la umanità del magistrato, ma la saviezza del legislatore, nel reato medesimo in cui molti prendono parte, analizza e discerne la imputazione a ciascuno di essi particolare, secondo il grado della fisica e della morale influenza che ogni individuo viene a spiegare nel fatto. Ma questa analisi e questo discernimento non è di quegli uomini che si arrestano alla scorza ed alle prime sembianze dell'avvenimento, e che se uno è il reato, non veggono più oltre, ed una stimano dover esser la imputazione di tutti, ed una la pena. Ed è singolare, che mentre i nostri antichi, forti delle ll. 13, D. *de legibus*, ed 11 e 13, D. *de poenis* 4), raddolcivano sempre con qualche temperamento di benignità la severità della legge, e poi dell'uso di giudicare facevano a se stessi una legge, alcuni de' nuovi non senton altro, che l'orrore in confuso per l' azion criminosa, e per non saper discernere a minuto il grado preciso della imputazione di ciascheduno de' rei, credono rilasciata, anzi funesta alla giustizia ogni dottrina che ne differenzii il destino; e quel ch'è peggio, la lor maniera di vedere attribuiscono al legislatore 5). Or di questa coscienza, schiva sì, ma alla grossa, di questa giustizia amministrata forse con zelo, ma con poco discernimento ed analisi, sembra a me che offra un esempio la causa presente.

4. In essa la gran-corte criminale ha dichiarato: *Consta che Domenico Maiolino e Vincenzo Barletta abbiano commesso furto accompagnato da omicidio consumato in persona di Remigio Maiolino;*

rifichi, cioè se non si accerti l'esistenza del subbietto de' reali, quando il colpevole si attentava a commetterli:

« Che non constando alla gran-corte l'esistenza del danaro nel luogo tentato dalle due ricorrenti, mal qualifica i loro atti come atti prossimi alla esecuzione: si ha un guasto fatto in luoghi tentati vanamente per commettervi un furto, ma non già un furto tentato; poichè quanto più le due si accostavano alla scoperta intera del sito ove credevano riposto il tesoro, tanto più dovevano avvedersi di andar lontane da ogni speranza di poter consumare il furto; ed all' esaurirsi di tutti i loro mezzi, tutta la speranza ne svaniva:

« Che perciò la stessa gran-corte, ritenendo le ricorrenti come colpevoli di tentativo di furto, ha seguito forse l' intelligenza volgare che si dà alla voce *tentativo*; ma ha violato quella che ne dà la legge per sottoporre il reo alla pena del misfatto consumato, diminuita di uno o due gradi. » Arresto del 27 gennaio 1840 nella causa di *Maddalena Esposito* e *Maria-Niccoletta d'Abramo*, FRANCHI com., NICOLINI m. p.

1) Difesi nella real camera da me e dal mio egregio amico e compagno *Francesco Lauria*, di cui ancor deploriamo la perdita, i complici di *Salvato* furono liberati dall'estremo supplizio, e condannati, secondo le leggi d' allora, a pena straordinaria. V. la nostra *Pr. pen.* I, 282, 393.

2) V. nella nostra *Pr. pen.* i §§ 268 e segg. della *prima parte.*

3) V. Delle nostre *Quist. di diritto*, il n. X, § 4, 5, 9 e 10, pag. 77 e segg.

4) V. il d. n. X, § 4 e 5, pag. 77 d. *Quistioni.*

5) L'umanità ragionata ne' giudici criminali è in ragion composta del loro spirito analitico e della estensione delle loro conoscenze. Da questo principio nasce la formola nobilissima della preghiera cristiana al SOMMO GIUDICE: *Quo magis cognoscis, eo facilius ignoscas.*

ed ha punito entrambi con l'estremo supplizio. L' omicidio che accompagna il furto, è secondo le nostre leggi una *circostanza materiale* del furto medesimo 1); e questa è che ne aggrava la pena fino alla morte 2). Ma l' art. 77 delle nuove leggi penali prescrive, che *le circostanze materiali le quali aggravano la pena di un reato, non nuocciono che agli autori, o a coloro tra i complici i quali ne hanno avuto la scienza nel momento dell'azione, o nel momento della cooperazione constitutiva della loro reità* 3). La gran-corte non dà ad alcuno di questi due il carattere di *complice*. Dunque per colpire entrambi della pena la quale è giustificata dalla *circostanza materiale* che accompagna il furto, dee aver tenuti entrambi per *autori* di sì fatta circostanza. E tali li definisce, quando dichiara ch'entrambi *abbiano commesso furto accompagnato da omicidio*. Ma son essi effettivamente tali? In ciò risiede tutta la causa.

5. Cinque ferite riportò il dirubato: *la prima sulla testa fu all' istante mortale, perchè con frattura tale dell' osso parietale destro, che n' era uscita fuori tutta la sostanza cerebrale*: *le altre quattro erano facili a guarirsi, per non avere interessato organi essenziali alla vita.* Un solo dunque è il colpo letale: la morte di quell' infelice onde il furto è aggravato di tanto, non è fisicamente derivata che dal primo colpo solamente.

6. Nè dubita la gran-corte se i due accusati, ferendo un punto solo, avessero potuto entrambi produrre tale orribil frattura; anzi riconosce espressamente esser questa derivata da un sol percussore. L'altro dunque non è autore di questa *circostanza materiale* che si esacerba la pena: imperocchè uno esser lo stesso che due, *non est in rebus humanis, imo impossibile est*, per servirmi della frase di Paolo, quando parla delle sentenze le quali sono nulle per se stesse, e senza bisogno di appellazione si rescindono 4). Se l' altro vi ha cooperato con piena scienza del fatto, e con piena scienza della intenzione del compagno *nel momento della cooperazione constitutiva della sua reità* (§ 4), ciò lo avrebbe renduto *complice*; e la gran-corte avrebbe dovuto così in pria definirlo, rilevando in secondo luogo, a' termini dell' art. 75, *se nella scienza del reato la sua cooperazione fosse stata tale, che senza di essa il reato non sarebbe stato commesso.* Questa sola era la via legale per cui entrambi potevan del pari esser colpiti di morte. Ma per questa via stessa potevan anche trovare qualche presidio di salvezza. Prenderne un' altra, e di quella circostanza materiale da cui viene aggravato il furto, definire *autore* colui che non l' ha eseguita, è lo stesso che dichiararlo autore insieme e non autore, il che *non puossi*

Per la contraddizion che no'l consente 5).

È richiesto adunque dalla causa stessa che trattiamo, il fissare con precisione il senso legale delle due voci *autore*, e *complice*, e indagar la cagione onde spesso nella mente di alcuni le loro significazioni si confondono.

Sezione II.

Origine e progressiva significazione delle voci indicanti la complicità.

7. Fino a tanto che la legge non enume-

1) V. il n. XIX, *Quistioni*, § 2 e 13 pag. 599.

2) L'art. 418 delle ll. pen. è così conceputo: *Il furto accompagnato da omicidio consumato, sarà punito colla morte.* — Sul nesso necessario tra il *furto* e l'*omicidio*—V. *Quist. di dritto*, il n. III, § 6 e seg., pag. 22 e seg.; ed il n. XX, § 11 e segg. pag. 608.

3) Adunque in due reati connessi, e de' quali l'uno è circostanza materiale aggravante dell'altro, uno degli accusati può essere autore d'un reato, e semplicemente complice dell'altro; e può essere autore o complice di quello, ed inconsapevole di questo. — Le circostanze personali, come son quelle della congiunzione di sangue, della recidiva, ed altre da noi esposte nel n. XIX, *Quist.* pag. 559 non sono mai comunicabili. Art. 76 ll. pen. Le circostanze poi che nell'art. 77 si dicono *materiali*, sono quelle inerenti al fatto. *Materia* è qui nel senso metafisico d'*idea astratta di ciò che forma la sostanza della cosa* (Loke *dell'intelletto umano*, lib. 3, cap. 10, § 15). Quindi la *causale*, ed il *fine del reato*, sono circostanze *materiali*, non meno che la preparazione delle armi, l'uso di esse, la reiterazione de' colpi, e quant'altro di morale o di fisico forma la sostanza del fatto. Se di esse si ha la scienza nel momento dell'azione, sono comunicabili per effetto della complicità.

4) L. 2 e 3, D. XLIX, 8, *Quae sententiae sine appellatione rescindantur.*

5) Dante, Inf. XXVII, 119.

ra nè indica tutte le idee del cui complesso un suo vocabolo è segno, niuno offende la legge, quando intende il vocabolo come comunemente è inteso Ed io in fatto di lingua non sarei certamente di coscienza sì scrupolosa e sì schiva, che nel conversar sociale abborrissi chiamar tutti coloro che hanno parte in un reato, *socii*, *correi*, *partecipi*, *compartecipi*, ed anche *coagenti* e *coautori*, se i devoti del trecento non si scandalezzarono a queste due ultime voci. Ma quando la legge non fa uso che di dati nomi, e li definisce, io qui nel tribunale vindice supremo dell'osservanza della legge, io debbo parlare, io debbo esigere che i giudici parlino il solo linguaggio della legge; tanto maggiormente quando con un vocabolo, più che con un altro, non si tratta già di far rannuvolare vieppiù, o rasserenare il torvo cipiglio de'pedanti, ma di affilare. o di rintuzzare la scure al carnefice. Or la legge nostra per disegnar molti, i quali prendon parte nel reato medesimo, non adopera, o SIGNORI, che le sole due voci, *autori* e *complici*; e le definisce; ed in tali definizioni abbraccia tutti i casi possibili, ed anche questo del quale ci occupiamo. Io dunque non posso far uso, che di queste due voci; e confonderne insieme la significazione è un manifesto contraffacimento alla legge. So con quanti nomi alcuni scrittori chiamino e distinguano la unione di più al medesimo reato, ed è pregio dell' opera passarli a rassegna; ma da ciò non può trarsi che la storia ideale di questa parte di legislazione.

8. I Romani giureconsulti intenti sempre ad elevare alle più alte regioni, proprie dello spirito umano, la morale legislativa, partivano sempre dall'animo e dal proposito del delinquente nel fissare la imputazione de'reati. E le voci nascevano da questo principio. Quindi la parola *complice*, voce di materiale avviluppamento, non è nelle leggi romane: *complex* è nome della bassa latinità. CICERONE, gran maestro della filosofia della lingua, fa uso della parola propria dell'animo, *conscientia* 1), toltane la significazion legale dal suo senso primitivo, *saper con altri:* con questa ei dinota, non pure l' accordo di più volontà in un fatto, ma il concorso di esse in ogni qualunque azione o consiglio. Tal cospirazione di più voleri ad un fine, è la sola che rende gli uomini, *iure vel ad iniuriam sociati* 2). *Societate scelerum obstrictus* 3), *conscientiae alicuius innexus* 4), *infida societate sceleri inligatus* 5), sono frasi di TACITO. E *conscientia* e *societas criminis* erano le voci solenni di dritto, le quali indicavano l'unione efficace e sciente di più rei nello stesso reato. Quindi CLAUDIO SATURNINO usò la frase, *latronum conscientia* 6) per dire ciò che MODESTINO chiamava *latronum societas* 7); e TEODOSIO ed ONORIO dissero, *veteris iuris auctoritas de se confessos ne interrogari quidem de aliorum* CONSCIENTIA *sinit* 8), ove ANTONINO aveva detto, *confessis ad* SOCIETATEM SCELERI *vocantibus alios, facile credi non oportet* 9).

9. Fissata così nelle voci *conscientias* e *societas* la idea astratta del genere, CICERONE stesso scende ad indicarne con molta diligenza ed crudizione e filosofia gli elementi e i caratteri 10). Egli poi fa uso in più luoghi ora della frase *conscius huic*, ovvero *huius*, ora della frase *conscius facinori* 11), differenza di costruzione della quale i grammatici non videro la importanza: ella ci gioverà di qui a poco per far meglio sentire le disposizioni della nostra legge. E della denominazione generica, *conscientia o societas*, LIVIO distingue tre specie, *auctor socius*, in senso più particolare, ed *affinis noxae* 12). *Auctor* ha molte ed anche contrarie significazioni. La principale è quella di prima origine e principio motore di un diritto o d'una cosa: *ego tibi auctor sum* 13): *neque auctor sum alienae personae, sed meae* 14): quindi la differenza di *auctor*

1) CIC. *Philipp.* II, cap. 11.
2) CIC. *Somn.* Scip., 3.
3) TAC. *Ann.* XIV, 57.
4) TAC. *Ann.* III, 4.
5) TAC. *Ann.* XI, 2.
6) L. 16, pr. D. XLVIII, 19, *De poenis.*
7) L. 39, § 4, D. XLVIII, 5, *Ad leg. iul. de adulteriis.*
8) L. 17 C. IX, 2, *De accus. et inscriptionibus.*
9) L. 4, C. IX, 41, *De quaestionibus.*
10) D. *Philipp.* II, 11, 12 e 13.
11) *Conscius mihi*, de off. III, 73. — *Conscius horum*, pro Deiotaro, 21. — *Huic tanto facinori mens conscia*, pro Coelio, 52. — Nelle leggi poi fu detto *nexus culpae.*
12) LIV. XXXVIII, 31, XXXIX, 16.
13) CIC. *De legibus*, I, 53.
14) CIC. *De oratore*, II, 194.

o *suasor*, e di *auctor primus* ed *auctor secundus* 1). All'*autor primo* del disegno e della esecuzione d'un reato fu dato anche il nome di *dux, dux sceleris* 2). Nel qual senso il materiale esecutore del fatto non sarebbe *auctor noxae*, se non quando, secondo la bella frase di Tacito *nullo duce sibi ipse est auctor* 3) : altrimenti egli non sarebbe altro che *adiutor* 4), *satelles, minister. administer* 5); gradi che nelle ll. romane si confondono in *particeps* 6). Anzi Tacito stesso conserva la voce *conscientia* al solo primo autore, principio ed anima informante del reato (*dux sceleris*) ; e tutti gli altri chiama *innoxi conscientiae* 7). — Non dee tacersi però un altro significato della voce *auctor*, forse a quei tempi meno legale, ch'era per l' appunto di materiale esecutore. Quindi *vulneris auctor* in Virgilio 8): e Salmasio ne insegna, esser detti anche *auctores* i gladiatori, e tutti coloro i quali locano l'opera loro scellerata, per eseguire gli altrui malvagi disegni 9). — *Socius* poi nella più particolare sua significazione era chi interveniva col consiglio, *suasor* propriamente; o nel concerto dei mezzi, *ope consilio:* o nelle azioni, *particeps ;* o infine per spalleggiare altrui, *comes* 10).—Da ultimo *affinis noxae* era chi n' è cooperator subalterno o chi non ancora ben socio e partecipe del fatto, vi è confitto (*ad fines*), ed è tutto disposto a divenirlo.

10. L' ignoranza confuse poi tutto. E siccome due o più i quali contraggono un'obbligazione solidale, i giureconsulti romani chiamarono *consorti* e *correi* 11), così le voci *consors, correus.* s'introdussero ancora nel fòro penale. Ma si avverta che nella collezione giustinianea non è mai impiegato il vocabolo *correus* per le materie criminali: imperocchè in essa la *solidarietà* e la *risponsabilità penale* per fatti altrui, sono idee ripugnanti alla ragione, non che al dritto. Nelle cose pecuniarie, alcuno può ben essere obbligato per un altro; ma nelle criminali niuno può essere risponsabile che del fatto proprio: *peccata suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus , quam reperiatur delictum* 12).—Finalmente da *complecti , complexare , complexus* 13), nella decadenza della lingua si fece *complex, complices* 14), che fu ricordato da Arnobio 15), come vocabolo usato in prima ne'riti sacerdotali, per dinotare *deos consentes* di Varrone 16).

1) L. 4, D. XXI, 2, *De evictionibus.*

2) Cic. *De amicitia*, 12 — *Praebere se auctorem, principem, ducem alicui.* Io. Epist. famil. X, 6.

3) Tac. *Hist.* III, 71.

4) *Ministri libidinis, aut adiutores ad iniuriam.* Cic. *De amicitia*, 10.

5) *Satellites, conscios, ministros.* L. 5, § 6, C. IX, 8, *Ad leg. iul. mai.* — *Malorum, facinorum ministros.* Tacito chiama gli uccisori di *Agrippina*, Ann. XIV, 62. — *Puniendas rerum atrocium ministros, ubi pretia scelerum adepti, scelera ipsa aliis delegent.* Ann. XIII, 43. E qui abbiamo secondo Tacito, *autori, ministri primi, e delegati per l'esecuzione, o sia ministri di ministri.* — Lucrezio fa anch'egli questa triplice distinzione; se non che la seconda classe egli chiama *socii*, e gli ultimi propriamente *ministri:*

Denique avarities, et bonorum caeca cupido,
Quae miseros homines cogunt transcendere fines
Iuris, et interdum socius scelerum, atque ministros
Ad summas emergere opes.
De rer. natura, III, 59.

6) *Particeps doli, fraudis, consilii, facinoris, furti*, ec. sono frasi frequenti nel dritto romano.

7) *Innexus conscientiae matris* (Ann III, 10), intendendo di Tiberio, consapevole, benchè non *primus auctor*, della congiurazione di Livia con Plancina nell'avvelenamento di Germanico. — *Nexus culpae*, è detto nella l. 4, C. XI, 35, *quo quisque ordine conveniatur.* È il *conscius facinori* di Cic.

8) Aen. IX, 748.

9) Salmasius, *in comm. ad Trebell. Gall.* 12, ove allega due passi di Firmico, ne' quali auctores sono per l'appunto i malvagi esecutori del fatto criminoso.

10) *Comes* è meno di *socius*, perchè *socius adiuvat, comes sequitur* — *Non enim paruit Tib. Gracchi temeritati, sed praefuit; nec se* comitem *illius furoris, sed* ducem *prebuit.* Cic. *De amicitia*, 15.

11) L. 3, § 3, XXXIV, 3, *De liberatione legata.*

12) L. 22. C. IX, 47, *De poenis.* È qui *auctores* è voce di genere, cioè tanto *duces sceleris*, quanto i *partecipi.*

13) *Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum et rei* complexus *iungit.* L. 142 *De verb. sign.* — *Complexus armorum* presso Tacito (Agr. 36) indica rimescolamento di nemici, battaglia da vicino.

14) Ed in questa voce si riunirono tutte le significazioni sopra dette. *Est una voluntatum eorum qui sunt quodam foedere et vinculo concordiae coniuncti, et quasi connexi atque implicati.*

15) Arnob. 3. — Isidoro poi dice: *Complex, qui uno peccato vel crimine alteri est applicatus ad malum.*

16) Quasi *consentientes. Dii complices* di Arnobio, e *consentes* di Varrone, dodici urbani, dodici

11. Gl'italiani nuovi usarono promiscuamente i nomi, *consapevole*, *socio*, *correo*, *complice*, *compartecipe*, *consorte*; e l'uso indistinto de'vocaboli ha fatto sì, che nella mente de'meno scorti siensi mescolati in una tutti i collegati nel fatto medesimo, qualunque sia la parte che ciascun d'essi vi prenda; e così l'imputazione e la pena si è per lo più giudicata la stessa. Perciò gli scrittori più benemeriti dell'umanità han cercato distinguere e definire ciascuna di queste parole. Ma il destino di esse è stato pur quello di tutte le voci d'idee complesse: i diversi uomini e le diverse scuole non le hanno mai adoperate a significare precisamente la stessa collezione d'idee: diversità, o per dir meglio latitudine di significato, la quale si trova in ogni lingua ne'nomi che rappresentano idee morali, e più se dalla prima mossa dell'azione fino al compimento, rappresentano una troppo varia mistura di fatti fisici diversi, e morale influenza di diversi consigli.

12. La nostra legge penale de'20 maggio 1808 tentò apportare qualche luce in sì varia confusione di vocaboli e d'idee; ma il fece con apparato forse troppo scientifico. Divise i reati in *diretti* ed *indiretti*, e tutti i rei, quando sono implicati nel medesimo fatto, distinse in *agenti principali*, *coadiuvatori* e *complici*, quasi imitando la distinzion Liviana, *auctores*, *socii*, *affines* (§ 9). Gli *agenti principali* erano rei, ora di *reato diretto*, quando essi stessi erano esecutori del proprio proposito (*nullo duce sibi ipse auctor*); ora di *reato indiretto*, quando n'erano come sono i mandanti, l'anima direttrice e la causa primordiale (*duces sceleris*). I *coadiuvatori* ed i *complici* dicevansi sempre rei di *reato indiretto*. Quelli però venivano estimati imputabili più gravemente di costoro; poichè *complici*, secondo la legge de' 20 maggio, erano solamente i partecipi meno attivi del reato, come sono non solo i consulenti, gl'istigatori, i compagni (*suasores*, *satellites*, *comites*), ma anche i fautori con aiuto posteriore, purchè però, scienti del reato, non fossero d'altro colpevoli, che di averne facilitata l'esecuzione.

Sezione III.

Definizione dell' autor principale e del complice secondo le nostre leggi, e sue conseguenze.

13. Intanto ognun vede che queste e tutte le altre distinzioni e definizioni degli antichi e de' moderni scrittori, non sono che arbitrarie, e portano seco un certo inviluppamento d' idee, il quale è argomento non ultimo, che quanto più ci scostiamo dal naturale andamento delle cose, tanto più ci scostiamo dal vero. Imperocchè quando si vuol seguire la natura delle umane azioni, allora, prima di ricercare la intenzione e la coscienza dei colpevoli, nel che principalmente consiste il legame di più persone in un avvenimento criminoso 1), dobbiam guardare l' azion fisica stessa, e la causa fisica del fatto. Senza azione fisica esterna, *cogitationis poenam nemo patitur* 2). Or la causa fisica e prossima e veramente effettrice dell' avvenimento, è sol quell' urto o colpo o ferita, e non altro: l' uomo che materialmente dà altrui con la sua mano la morte, è quegli che ha commesso il reato, egli è l' omicida: senza questo suo fatto l' ucciso non sarebbe stato ucciso: l' effetto fisico ha tutta la sua causa fisica in lui. Quindi l' evento dannoso per la tal fisica cagione, qual è p. e. la morte del-

rustici, formavano il consiglio di Giove. — Or per classificare tutti questi nomi, i quali in fine ottennero una significazione promiscua (destino di quasi tutti i nomi indicanti sentimenti, bisogni e cose civili) li distingueremo in tre classi, secondo la loro origine, prima che passassero tutti ad un sol senso traslato. — I, Dalla persona, o sia dal consiglio e dall'animo de' rei, abbiamo le voci *conscientia*, *conscius* ed anche *consensio*, *conspiratio*, *coniuratio*: II, Dal fatto e dalle azioni esterne, abbiamo le voci *particeps*, *affinis*, *complexus*, *nexus*, *connexus*, *innexus*, *complex*, ed anche *comes*; III, Dalla legge abbiamo *auctor*, *socius*, *correus*, perchè non sono intesi che secondo la definizione data dalla legge: poi i nomi comuni relativi all'animo, ed i nomi comuni relativi al fatto, diventan tutti nomi di legge, quando la legge li adopera promiscuamente co' suoi. Ma da questa origine triplice si rivela chiaramente la triplice idea rappresentata da qualunque voce indicante complicità; poichè non vi è mai *complicità* senza la *congiunzione di volontà* fra i rei; non vi è, senza *mutua cooperazione* nel fatto; non vi è, senza che la legge ne statuisca l'imputazione ed i gradi.

1) V. la nota 16 pag. 617.

2) L. 18, D. XLVIII, 19, *De poenis*.

l' uomo per frattura al capo, è lo stesso ed immutabile in tutti gli omicidii, casuali, colposi, volontarii, purchè prodotti da pari fisica cagione: è il subbietto del reato in tutti, e perciò *fatto generico*: chi lo cagiona effettivamente, ei n' è il vero autore, *vulneris auctor* (§ 9). Che se costui non si sarebbe mosso senza il mandato, senza la instigazione, senza l'instruzione, senza la cooperazione, senza la speranza del soccorso di un altro, questa è un' altra serie di fatti i quali non sono la causa prossima e fisica della morte; ne sono bensì la preparazione, le spinte determinanti, l' origine, il principio, la causa prima o la concausa, gl'impulsi estrinseci, gli aiuti; argomento di varietà troppo multiformi, ciascuna delle quali, secondo l' andamento del fatto particolare, può influire moltissimo, ed anche nulla o assai poco al suo cominciamento, e può pure o farlo arrestare a mezzo, ovvero portarlo sino alla sua consumazione.

14. Or questa sola e vera distinzione dettata dalla natura e dalla filosofia, questa ha ispirato al nostro legislatore l'idea di distinguere solamente, chi con la sua mano effettua fisicamente il reato, da colui che lo muove, lo coadiuva, o vi coopera, senza però ch' egli ne sia il fisico e materiale effettore. Quello egli chiama *autore*, rendendo legale il secondo significato indicato dal Salmasio (*sup.* § 9); quest' altro è *innexus culpae* o *conscientiae*, ed è *complice*; e con questi due nomi si disegnano tutti i compartecipi d'un reato. *Autore* o *autori* nel n. 3 nell' art. 74, *autori principali* nell'art. 75 1), *uno degli autori* nell' art. 76, *autori* o *coloro tra i complici* nell' art. 77, indicano costantemente *autore* sinonimo di *esecutore*, e tal voce è in contrapposizione di *complice*. Così il mandante, il provocatore, l' instruttore (*duces sceleris*) non sono essi gli esecutori dell'omicidio: dunque son *complici*. Il mandatario all' incontro che esegue il misfatto (*sceleris minister*), oggi si chiama *autore*. E così chi procura armi, instrumenti o altri mezzi, i quali servono all' azione, ugualmente che chi facilita o assiste l' esecutore o gli esecutori delle azioni ne' fatti i quali le avranno preparate, facilitate, o consumate, nemmeno sono i fisici e materiali omicidi: dunque son pure *complici*; e chi, ancorchè intervenga solamente all' ultima catastofe, ancorchè gli altri erano già prima di lui intenti con tutte le loro forze allo stesso effetto, ma non lo abbiamo prodotto che a mezzo, se egli è che vibra il fisico colpo di morte, costui, e non altri, è *autore*. I nomi son segni delle idee. Queste e non altre ha attaccate il legislatore nostro a queste due voci.

15 Dietro le quali definizioni ed esemplificazioni, se più sono i vibratori di più colpi, tutti mortiferi, tutti sono *autori*. Se poi l'uno è vibratore del colpo letale, e gli altri han prodotto percosse o ferite men gravi, il primo è *autore* dell'omicidio, ed i secondi, se hanno scienza della costui intenzione, son *complici*; ed a vicenda i secondi sono *autori* delle percosse e ferite, e l'omicida *complice* in queste. Quindi la *complicità rispettiva*. Dire che i secondi han commesso l' omicidio, dire che il primo ha commesso la ferita, è contrario alla realità del fatto, nè può dirsi se non figuratamente. La nostra legge vuole, che la dichiarazione di reità dica la cosa qual è veramente, senza metonimie, nè altre figure oratorie.

16. E queste denominazioni, in atto che rappresentano per se stesse la verità e la realità della cosa, nulla tolgono della forza necessaria a'giudizii per reprimere severamente i colpevoli. Distinguiamo la *definizione* della *pena*. Secondo ciò che abbiam detto, tutti i casi di complicità in quanto alla *definizione*, si riducono a due classi. Nella prima entrano *duces sceleris*, quelli che o dieno commessione e mandato per commettere il reato, o per mezzo di doni, di promesse, di minacce, di abuso di autorità o di potere, di macchinazioni o artifizii colpevoli lo abbiano

1) Non dobbiamo rimanere illusi dalla parola *autor principale* dell' art. 75, quasi che la voce *principale* indicasse il principio motore, o sia il direttore primo, anima dell' azione; *princeps dux sceleris* (V. la nota 2 pag. 217). La voce *principale* nell'art, 75 ha l'istessa significazione che nella l. 3, C. IX, 2, *De accusationibus* ove, *principalis reus* è il *mandatario*, o sia l'*esecutore* posto in opposizione al *mandante*, che propriamente sarebbe *dux sceleris*. Dice adunque questa legge, che quando si delinque per altrui mandato *praeter* PRINCIPALEM REUM, *mandatorem quoque ex sua persona conveniri posse, ignotum non est.*

provocato, o abbiano dato instruzioni per commetterlo; influenza nel fatto più morale che fisica. Nè i rei ne son favoriti per la *pena*, perchè non vi ha in questa classe differenza alcuna tra i *complici* e gli *autori principali*. Ma benchè pari per gli uni e per gli altri sia l'esito, sarebbe sempre erroneo e contrario alla verità del fatto il dichiarare, che il mandante, l'imperante, il provocatore, l'instruttore fosse *autore*, o sia che avesse egli commesso l'omicidio. Lo disser gli antichi: può dirlo oggi un oratore, ed il suo detto sarebbe giustificato dalla legale significazione della voce latina: ma il linguaggio del nostro giudice di oggi non è proprio e preciso, se non è quello della nostra legge di oggi 1).—Questa prima classe di complici è indicata ne' n. 1 e 2 dell'art. 74 delle ll. penali. Il suo carattere essenziale non è nella cooperazione fisica: tutta la reità sta nel legame della scienza mutua e delle volontà, con la condizione, che nel *complice* risegga lo spirito animatore e la direzione del fatto, e nell'*autore fisico* l'istrumento e la mano. Differenti nel *nome*, e nella *definizione*, sono entrambi pareggiati nella *pena*.

17. La seconda classe è più nella influenza fisica, che nella morale: esige anch' essa la scienza del fatto, e la esige nel senso di Ulpiano: *quod ait praetor*, *scienter*, *sic accipimus*, *te conscio et fraudem partecipante: non enim si simpliciter scio, sed si particeps fraudis fui* 2): poichè è noto da Ulpiano stesso, che presso i Latini *fraus et ipsa noxa dicitur*. Adunque sì fatta partecipazione in far nocumento, dev'essere spiegata con qualche azione e cooperazione nel fatto 3).—Ciò è contenuto ne' n. 3 e 4 dello stesso art. 74. Or in questa classe non è sempre pari l'influenza de'*complici* nella consumazione del fatto criminoso; e per ciò la lor pena non può esser sempre pari alla pena dell' *autor principale*. Quando in tal cooperazione si verifichi la condizione, *che senza di essa il reato non sarebbe stato commesso*, l'art. 75 pareggia il destino dell'*autore* e del *complice*: ma quando ella sia accidentale, allora la pena del complice discende di uno a due gradi da quella dell'*autor principale*. Le quali parole dell'art. 75: *sì che senza di tal cooperazione il reato non sarebbe stato commesso* 4), svelano maggiormente che con la frase, *il tale ha commesso l'omicidio*, si disegna sempre l' *esecutore materiale*, o sia l'*autore*, l'*autor principale*, e non il *complice* 5).

1) Dire *autore* chi non è stato l'esecntor materiale dell'omicidio, è nnllità. Arresto del 7 aprile 1837 nella causa di *Anselmo Amicangeli*, *Crescenso di Nello* e *Teresa Ciccone*, Loncobaroi comm., Nicolini m. p.

2) L. 10, D. XLII, 8, *Quae in fraud. creditorum*.

3) L. 131, *De verb. signif.* — L'occasione che si dà ad un reato qualunque, senza scienza di questo nè cooperazione, non è complicità. Arresto del 25 febbr. 1833, nella causa di *Ottavio Villone*, Camerano comm., Nicolini m. p. — Questa scienza consiste nel conoscere l'inteozione rea dell'autore ed assentirvi. Arresto del 2 agosto 1839 nella causa di *Modestino Mastromonaco*, Longobardi comm, Nicolini m. p. — La scienza del complice dev' essere espressa nella motivazione; altrimenti la dichiarazione di complicità non è motivata: espressa che è, non è soggetta a censura, perchè giudizio di fatto. Arresti del 7 nov. 1836 nella causa di *Niccola Carbonara*; — del 5 giugno 1837, nella causa di *Gregorio Baldari*; — del 3 novembre 1837 nella causa di *Vincenzo Lauria*, Longobardi comm., Nicolini m. p.

4) Quando dunque si dichiara complice alcuno, è nullità di motivazione se non si spiega il grado o sia la condizione delle complicità con le parole stesse dell' art. 75. Spiegato ch' esso è, tal grado è un giudizio di fatto, non soggetto a censura. D. arresto del 5 giugno 1837 nella causa *Baldari*.

5) Il codice sardo, pubblicato a' 26 ottobre 1839, adotta le nostre distinzioni e la nostra giurisprudenza. Se non che in vece di dire *complici di primo*, e *complici di secondo grado*, chiama quelli *agenti principali*, e costoro *complici*. Differenza di denominazione e non d' altro; ed in questa si accosta più alla nostra legge de' 20 maggio 1808 (§ 12); mentre nella sanzion penale segue l'ultima nostra del 1819. — Le sue disposizioni son così coocepute:

« Art. 107. Sono agenti principali,

« I, coloro che avranno dato mandato per commettere un reato:

« II, coloro i quali con doni, con promesse, con minacce, con abuso di potere o di autorità, o con artifizii colpevoli avranno indotto taluoo a commetterlo.

« III, coloro che concorreranno immediatamente con l'opera loro all'esecnzione del reato, e che nell' atto in cui si eseguisce presteranno aiuto efficace a commetterlo,

« Art. 108. Sono complici:

« I, coloro che istigheranno o daranno le instruzioni, le direzioni per commettere un reato:

« II, coloro che avranno procurato le armi, gli instrumenti o qualunque altro mezzo che avrà

18. Nè oltre a questa vi è altra distinzione. Alcuni la trovavano nella voce *correo*. Ma parmi chiaro che come il diritto romano ebbe per voci di genere, *conscentia*, *societas* (§ 9), così il nostro ha la voce *correo* 1). Di questa fa uso l'art. 316 pr. pen., ov'è detto, che quando trattasi di causa individua, il ricorso di uno dei condannati sospende di dritto l'esecuzione che riguarda il *correo*: il che significa. che il ricorso del *complice* sospende l'esecuzione tanto per l'*autor principale*, che per l'altro *complice*, ed il ricorso dell' *autor principale* la sospende per gli altri *autori* e pei *complici*. Molte volte però la voce del genere si è impiegata in legge per disegnare la specie più forte: e così nell' art. 456 delle ll. pen. la voce *correi*, è messa in contrapposizione di *complici*, e vi disegna anch'essa gli *autori*, cioè i *fisici esecutori* 2). Strano quindi sarebbe il dire che avendo la legge impiegato talvolta la voce *correo*, abbia creato con questa una terza specie, diversa dalle due di *autori principali* e di *complici*, o abbia alterata la definizione e l' esemplificazione della *complicità*. La definizione è data negli art. 74 e segg.; e tutte le altre volte che la legge parla d'implicati nello stesso reato, essa si riferisce evidentemente a questi art. di *definizione* 3).

« servito all' esecuzione del reato, sapendo l' uso « che si destinava di farne:

« III, coloro, che senza l' immediato concorso « all' esecuzione del reato, avranno scientemente « aiutato od assistito l'autore o gli autori del reato « ne' fatti che lo avranno preparato, o facilitato, « o in que' fatti che lo avranno consumato.

« Art. 109. Gli agenti principali soggiaceranno « alla stessa pena degli autori del reato. — I « complici saranno puniti come gli autori del rea« to, quando la loro cooperazione sia stata tale, « che senza di essa non sarebbe stato commesso. « Negli altri casi la pena de' complici sarà dimi« nuita da uno sino a tre gradi, secondo le cir« costanze »

La voce *autori* dunque nel codice sardo ha la stessa significazione che nel nostro. I nostri *complici di primo grado* sono quivi chiamati *agenti principali*: i nostri *complici di secondo grado* son quivi detti semplicemente *complici*. Fa onore al sardo legislatore che, attesa l' incertezza e la varietà dell' influenza della seconda complicità, non sia rimasto contento alla discesa di due soli gradi di pena, com'è nel nostro codice, ma l'abbia voluta fino a tre gradi, secondo le circostanze.

1) *Reus* è voce di procedura; perchè *recipere inter reus*, come *esse in reatu*, non indica, propriamente parlando, che *sottoposto ad un' accusa legittima*. La voce *correi* dunque indica più persone sottoposte alla medesima accusa, e giudicate nel giudizio medesimo. Siccome poi abbiam veduto in Dante dirsi *accusa* per *violazion di leggi accusata* (Inf. XXVIII, 35), così di *reatus* si fece anche un nome che indica il misfatto, e di *reus* il colpevole. Il dir *correi* dunque non indica che *coaccusati*, *coimputati*, ed anche *colpevoli* nel medesimo fatto, o sia *conscii facinori* (sup. § 9). Ma disegna forse tal voce generale il grado particolare della imputazione di siffatti *correi*? Convien ricorrere alla distinzione degli art. 74 e segg., e vedere chi di essi sia stato l'esecutor materiale del fatto, e chi il *dux sceleris*, o il compartecipe in qualunque altro modo; cioè a dire chi sia l'*autore*, a senso della nuova legge, e chi il *complice* di primo o di secondo grado.

2) In questo stesso senso lo *statuto pen. mil.* all' art. 90, fra più coaccusati dello stesso reato, a' termini dell' art. 224, distingue gli *autori* dai *complici*, e dà ai primi il nome generico di *correi*; cosa non infrequente in dritto.

3) Nella *nota* 16 pag. 617 abbiamo classificato tutti i nomi latini indicanti la unione di più persone intese a commettere un reato; e lo abbiam fatto secondo la varia origine e la significazion primitiva di essi nomi, dalla quale poi essi medesimi son passati promiscuamente per traslato ad una significazione comune. Ma le ll. romane non danno con queste voci, che l'esemplificazione della complicità. senza definizione generale, e senza particolari espresse distinzioni. Non è inutile al nostro scopo il ridurre tutti questi esempii alle due classi della definizione, ed alla suddivisione in due della seconda classe, per la diversità della pena a norma delle ultime nostre leggi.

E primamente *Mandator* della l. 15, *Ad leg. corn. de sicariis*, e della l. 24, D. XLIX, 14, *De iure fisci*; — *Qui iubet* della l. 157, *De reg. iuris*; — *Qui impellit. instruit* della l. 50, § 3, D. XLVII, 2, *De furtis*, e della l 1, D. XLVIII, 10, *De falsis*; — *Conducere aliquem ut iniuriam faciat*, della l. 11, § 4. D. XLVII, 10, *De iniuriis*; — *Concitare et summittere aliquem ad faciendum* della l. 15. § 8 *eod*; — *Colligere armatos ut damnum dent* della l. 2, § 5, D. XLVII, 8, *De vi bonorum raptorum*: esempii son questi i quali entrano nella prima classe della nostra definizione.

All'incontro *aliis suadendo iuvisse*, della l. 16, D. *De poenis*; — *Ope consilio factum*, *et quipersuadet consilio* della l. 50, § 1 e 3, *De furtis*, e della l. 5, § 2, D. XLVII, 15, *De plagiaris*; — *Comites* della l. 5, D. XLVIII, 11, *De repetundis*; — *Qui ministerium atque adiutorium praebet* della d. l. 50, § 3, *De furtis*; — *Qui furanti signum* (sigillo, tessera di riconoscimento: altri legge *sinum*) *praebuit* della l. 6, D. XLVIII, 13, *De peculatu*; — *Qui ferramenta vel scalam sciens commodaverit* della l. 54, § 4, *De furtis*; — *Qui domum praebet* della l. 8, D. *Ad leg. iul. de adulteriis*; — *Pecuniam subministrare* della l. 7, D. XLVIII, 9, *De parricidiis*; son tutti esempii della seconda classe.

19. E per non uscire dall' esempio che ne dà la causa presente, noi qui abbiamo *due correi* tanto nel furto, quanto nell'omicidio. Nel furto però l'uno e l'altro sono di quella specie di *correi* che la legge chiama *autori principali*: nell' omicidio poi l'uno è *autor principale*, perchè lo ha con le sue mani e col proprio suo colpo commesso; e l'altro è *complice*, e lo è della seconda classe in quanto alla definizione, perchè costui non è indicato qual mandante e duce dell'azione, ma agendo anch'egli fisicamente, ha partecipato nell'azione stessa criminosa, e con le sue azioni, o sia co'suoi colpi, benchè di effetto minore, ha cooperato all'omicidio, e ne ha renduta più facile la consumazione. Egli dunque rientra nella seconda classe, cioè nella definizione del n. 4 dell'art. 74.

Sezione IV.

Giustizia ed utilità di queste distinzioni.

20. Nè queste distinzioni hanno solamente in mira la realtà delle cose, ed il vero purgato da ogni abuso d'immaginazione e di tropi: esse giovano eminentemente alla umanità ed alla giustizia. I tropi non sono che ombre e figure, e chi ne trae conseguenze come da cose reali, prende il segno per la cosa significata, e *dismette* quello che veramente è, *trattando le ombre come cosa salda* 1). A giudicar coloro che son consapevoli e compartecipi d'un furto accompagnato da omicidio, il numero de'quali può ben esser non piccolo, se bastasse la dichiarazione, *consta che le han commesso,* tutti dovrebbero venir consegnati al carnefice. Ma sotto un Principe egregio, l'estremo supplizio non è dato che assai raramente: *carnificem et laqueum*, mi avvalgo della sentenza grave di Peto Trasèa, *pridem abolita*; parole con le quali intendo disegnare lo stesso che disegna il grande autor degli annali; cioè che pena sì cruda, data per lo innanzi troppo indistintamente, era in questi casi già andata in disuso per benignità della nostra giurisprudenza (§ 2): *non enim quidquid nocens reus mereretur, id egregio sub principe statuendum.* Che fia ora, che dopo d' esser stati prevenuti i buoni principii, e distinti già dalla buona giurisprudenza, *poenas legibus constituit princeps, quibus sine iudicum saevitia, et temporum infamia, supplicia decernerentur* 2)?

21. E per conoscerne la pratica utilità, giova in primo luogo osservar di nuovo che l' art. 77 ll. pen. non rende comuni a tutti i ladri la circostanza materiale dell'omicidio (§ 4). L'art. 77, qual disposizione generale, manca nel codice francese: ve n'ha solamente un lampo per i ricettatori delle cose furtive 3). Ma è da ricordare per gloria della nostra corte suprema, che quando quel codice era in vigore appo noi, qui, sulle mie conclusioni, questa disposizioni così particolare a'soli ricettatori, venne estesa per interpetrazione a tutti i casi di *complicità*. Ciò fu stabilito la prima volta con l'arresto del 20 novembre 1813 nella causa di *Paola Sgrò*. Da sì umana giurisprudenza della corte suprema si formò dopo sei anni (nel 1819) il detto art. 77. Anzi il nostro sapientissimo legislatore tolse nel medesimo tempo dalla rubrica di complicità la stessa sciente ricettazione delle cose furtive, purchè questa scienza non fosse cominciata innanzi al furto, tal che la promessa e la fiducia della ricettazione avesser facilitato il reato 4). Non vi è complicità per sola ratiabizione ed *ex postfacto* 5). Il chiarissimo nostro italiano

Pessimus genus receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest, della l. 1, D. XLVII, 16, *De receptatoribus*, non meno che *si quis perferendum acceperit et scierit furtivum esse*, della l. 35 *De furtis*, possono fornire altri esempii della complicità della seconda classe, quando la scienza è mutua fra i ladri ed i ricettatori, o prima, o nell' atto che si commette il furto; e possono formare un reato a parte se la scienza è solamente posteriore.

Vengono ultimi *qui cognoverit tantum, nec indicaverit* della l. 2, D. *De parricidiis*, e *nonnunquam qui oculos et aures delicto praebet* della l. 9, C. IX, 18, *De maleficis*; ed anche *qui non prohibet, qui ratum habet* della l. 60 D. *De reg, iuris*: ma costoro nè possono ora dirsi *complici*, nè le leggi romane li ebbero per *socii*, che ne' reati di maestà.

1) Dante, Purg. XXI, 136.

2) Tac. Ann. XIV, 48. — V. sup. § 2, 3 e 17.

3) Art. 62 e 63 cod. pen. fr.

4) Art. 458 ll pen.—V. la *nota* 16 in fin. p. 617.

5) Così il mettere in circolazione la falsa moneta, e l' uso sciente d' una carta falsa non sono da sè soli constitutivi di complicità. Art. 264 e segg. 279, 292 ll. pen.

Pellegrino Rossi scrisse anch'egli, ma nel 1829, che i ricettatori i quali aveano avuto la scienza del furto solamente dopo che questo era stato commesso, non meritavano il nome di *complici* ; e si dolse dei nuovi legislatori, che non avean sentito in ciò quel che detta la natura stessa delle cose 1). Ma l'illustre scrittore mostra in tutta l'egregia sua opera, che il nostro codice non gli era ancor pervenuto ; e perciò non dice motto, che prima assai di essere stata una sì saggia idea da lui suggerita, era stata qui conceputa, e che i nostri antichi tribunali giudicavano secondo questa teoria, e ch'ella formava già parte della nostra penale legislazione.

22. In secondo luogo, quando si tratta di complici a'termini de' n. 3 e 4 dell'art. 74 (§ 17), il giudice dee graduare l'efficacia della cooperazione. In tal modo di quei molti accusati si evita la carneficina indistinta, la quale farebbe forse più orrore del misfatto medesimo. Chi non partecipò all'altro misfatto, o sia alla circostanza materiale dell' omicidio che accompagna il furto, riceve la sola pena del furto ; e di coloro che furono compartecipi anche di tal circostanza, il complice senza la cui cooperazione non sarebbe stato commesso l'omicidio, sarà il solo punito di morte insiem con l' autore; gli altri avran vario il gastigo secondo le individuali loro azioni potendo il giudice trascorrere dal minimo al massimo tutti gli anni di pena compresi ne' due gradi prossimamente inferiori alla pena del sangue 2).

23. La ragione della legge ne fa più palese la giustizia. Dalla commessione incaricata del progetto del codice, della quale io ebbi l'onore di far parte 3), venne proposta sì fatta graduazione, come conseguenza di ciò ch'era stato proposto pel *tentativo*. Se alcuno con la più decisa intenzion d' uccidere vibri un colpo e il fallisca, o produca semplicemente una feta , egli non è tenuto che di tentato o mancato omicidio , punibile di uno a due gradi meno dell' omicidio consumato 4). Quando dunque egli agisca con un altro , conspirando insieme ad un fine , s'ei medesimo è consapevole della intenzione altrui, ed agisce secondo questa intenzione, ha pur egli intenzione di uccidere; ma s'egli non uccide. il suo colpo può essere omicidio tentato o mancato , non mai omicidio consumato. Il tentativo è punito più mitemente della consumazione del reato, affinchè se mai rimanga il primo colpo fallito, sorga nella mente del reo l'utile pensiero, che non gli sarebbe vano il suo pentimento 5). Non è certo lo stesso uccidere ripetendo il colpo, che arrestarsi al primo sì che l' uomo si salvi. Grazie alla Provvidenza, non vi è cuore efferato, in cui anche in mezzo a' più atroci pensieri , non rimanga qualche raggio di quella umanità, di quella compassione, di quella giustizia , che *non sì tosto nasciamo*, **Iddio** *c'inspira* 6); e quando tutto manchi, vivo è sempre il desio di scampar dalla pena Quanti andarono ardenti e deliberatissimi al misfatto, e gelarono al primo sgorgo di sangue nemico che si videro zampillare sugli occhi ? Quanti furono i rei , dal cui cuore feroce, scoccato appena il grilletto dello schioppo, *un voto*

Subito uscì, che vada il colpo a voto 7)?

24. Certo è che più per salvezza degli assaliti , che per pietà degli aggressori, la legge seconda, anzi infiamma sempre più questi sentimenti. Perciocchè ne' reati commessi da molti, riuniti ad un fine criminoso, una pena indistinta renderebbe ciascun d'essi sempre mal disposto di ristarsi a mezzo : dato il primo passo ognun de'rei, fermo nel reo proposito, e *per disposizion fatto securo* 8),.si spinge-

1) *Traité de droit penal*, lib. 2, ch. 40.

2) E sarebbe meglio poter discendere fino a tre gradi, com'è nella legge piemontese. V. la *nota* 5 pag. 620.

3) Col real decreto del 2 agoste 1815

4) La nostra giurisprudenza intorno al *tentativo*, la quale precedette la pubblicazione delle leggi del 1819, è spiegata da noi in tutti i suoi particolari nel *Suppl. alla collez. delle ll.*, serie crim, n. 1 e segg. — V. il n. XXI, *Quist.* § 45, 46 e 47, p. 264—Ed il cod. sardo è in ciò pure conforme al nostro, e non al francese. Art. 101 e segg.

5) V. la nostra concl. nella causa *Terrone*, nei d. *Suppl.* n. 1 , § 38 e segg. — V, nostre *Quistioni* il n. X, § 4, pag.. 552.

6) Cassi, traduz. di Lucano, a' versi (IX, 574).

Nec vocibus ullis
Numen eget; dixitque semel n scentibus Auctor
Quidquid scire licet.

Ed ecco *auctor* nel senso di causa prima di un sentimento, anzi di causa prima di tutte le cause. V. *sup.* § 9.

7) Tasso, Gerus. XX, 63.

8) Petrarca, Trionfo della morte, cap. 1.

rebbe innanzi quanto più può, se la cooperazione già spiegata, per effetto della sola coscienza del fatto, facesse pari in tutti la pena. Ma statuita diversa la pena secondo l'effetto ch' esce di mano a ciascuno, è facile che il pensier salutare di questa diversità sorga improvviso nell'atto del cimento, e che la speranza dell'impunità o di una pena minore allontani in tutto taluni, e raffreddi altri, anche in mezzo alla furia della stessa azione. Ed è nelle cose umane che in questo caso i più audaci, i quali non si veggono secondati da'compagni con tutto quel vigore che ne aspettavano, si arrestino ancor essi, nè procedano a mali maggiori di quelli che han già prodotto 1). La qual ragione rende più utile sì fatta differenza di pena de' reati premeditati, ed in quelle riunioni malvage lungamente concertate fra animi freddi e padroni di sè, che non l' è ne' fatti improvvisi regolati dal caso e dalle passioni del momento. Imperocchè quando in luogo solitario tu cadi in mano ad assassini, riuniti in aguato, e deliberati a rubarti ed ucciderti, potrai bene dopo sì tristo evento esserne vendicato, ma niuna forza umana può soccorrerti e salvarti, se non è il raffreddamento spontaneo del reo proposito, se non è il lampo di qualche pietà in cuori sì perversi, se non è la diffidenza mutua degli aggressori nell' atto stesso del reato. Per lo che quanto più grave, quanto più *disposto a provveduto fine* è il misfatto, tanto più è necessario richiamare l'interesse di ciascun reo a ritirarsi, o ad essere meno attivo nella esecuzione 2).

25. Le leggi romane le quali guardavano più l'intenzione che il fatto 3), avreb-

1) È il bel ragionamento di *Diodolo* a prò dei Mitilenesi contro *Cleone* nel lib. 3 di TUCIDIDE.

2) Mal dunque negli omicidii concertati fra più persone si vorrebbe indistintamente applicata a tutti la pena capitale. Se la ferita mortale è una sola, un solo è l'autore della morte; gli altri son complici: non la premeditazione dell'omicidio è punita dall'estremo supplizio, ma l'omicidio premeditato. Conosco che quando due han premeditato di uccidere, e concorrono entrambi all'atto dell'uccisione, è ben difficile, che l'uno si sarebbe spinto all'ultimo effetto, se la certezza della cooperazione dell'altro non lo avesse fatto più audace. Ma ciò ch'è difficile, non è impossibile. Quindi se un colpo se o è il mortifero, non può trascurarsi di elevar la quistione della efficacia della cooperazione dell'altro. Arresto del 30 luglio 1832, nella causa di *Vincenzo Assisi*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.— Arresto del 3 agosto 1832, nella causa di *Pasquale Lamanna*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p. — Arresto del 17 del medesimo agosto nella causa di *Rosa Grandinetti* e *Domenico Carioti*, FRANGHI comm., NICOLINI m. p. — Arresto nella causa di *Leonardo Perri*, 26 settembre 1832, MONTONE comm., NICOLINI m. p, GIUSEPPE SABATINI avv.— Arresto del 10 ottobre 1832, nella causa di *Giuseppe Procaccino*, MONTONE comm., NICOLINI m p. — Arresto nella causa di *Ferdinando Campagna* 5 nov. 1832, MONTONE comm., NICOLINI m. p., GIUSEPPE MARINI-SERRA av. — Arresti del 3 giugno 1833, nella causa di *Francesco Pitirri*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p. — del 6 novemb. 1833 nella causa di *Michele Petti*, e *Niccola-Maria Casciati*, LONGOBARDI comm, NICOLINI m.p.— del 23 aprile 1834 nella causa di *Domenicontonio Carzo-Calorco*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p.— del 22 settembre 1834, nella causa di *Niccola Litrenta*, MONTONE comm., NICOLINI m. p., Bar. POERIO avv. — dello stesso giorno pel detto *Ferd. Campagna*. giudicato in grado di rinvio dopo l' arresto del 5 nov. 1832, MONTONE comm., NICOLINI m. p., MARINI-SERRA avv. — del 10 nov. 1834, nella causa di *Liborio Malomo*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p — del 17 nov. 1834 nella causa di *Emilia Ruscillo*, MONTONE comm., NICOLINI m. p. — del 24 febb. 1836 nella causa *Stefanile* e *Graziano*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p ec. ec. ec. — Niuna parte di giurisprudenza è costata tanta fatica, quanto questa della complicità negli omicidii premeditati. E pure par così semplice il dire il vero della cosa, e per chi ha commesso l' omicidio dichiarare: *consta che lo ha commesso*, per chi ha assistito o ferito, ma non è certo che sia l' omicida, dichiarare: *consta ch' è complice*, e quindi discendere alla quistione della efficacia della sua cooperazione nel fatto. Ma il concerto ad uccidere turba sì l'animo de' giudici, che se ne fa derivare quasi virtualmente la conseguenza, che senza il concerto e la cooperazione scambievole de' rei l'omicidio non sarebbe avvenuto. E sia vero pur ciò Non è però vero per presunzione *iuris et de iure*. Può esserlo *nel* fatto; e perciò vi è bisogno di essere risoluto e motivato in fatto. — Sempre adunque quando due feriscono, ed un solo è il colpo di morte, chiamare entrambi autori principali, è nullità. Arresto del 7 giugno 1837 nella causa *Piccolo* e *Biafora*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p. — Se in questo caso s'ignora da chi de' due sia uscito il colpo mortale, entrambi son *complici rispettivi* (§ 15); e posson essere entrambi dichiarati complici di primo grado: arresto del 20 settembre 1837 nella causa di *Angelantonio de Luca*, e *Carmine Sciola*; — del pari che possono entrambi esser dichiarati complici di secondo grado: arresto del 25 aprile 1838 nella causa di *Vincenzo Scardinoro* e *Vitaliano Gentile*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p. — Questa è pura quistione di fatto, ma comunque si risolva, dev'essere espressa.

3) *Nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi*. L. 39, D. XLVII, 2, *De furtis*. — V. sup § 8.

bero ritenuto in questo caso sì il reo di tentativo, e sì il reo di sciente cooperazione, qual omicida. *Eum qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum* 1). Nonpertanto coloro i quali per giudicare delle antiche legislazioni. non ne prendono che qualche particella sola 2), debbono avvertire, che ciò riguardava la sola definizione. Imperocchè per la pena ci lasciò scritto Ulpiano, *licet judici quam vult sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem; ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat* 3). Questa ragione di equità facea supplire con la giurisprudenza alla distinzione della pena, ogni qualunque volta la legge era stata indistinta nella definizione 4). Così fece la nostra camera reale, distinguendo sempre nella pena il tentativo dalla consumazione, ed il complice dall'agente fisico, che ora diciamo *autore* (§ 2). Ma oggi che l'art. 200 della l. org., e l'art. 63 delle ll. pen. vietano di mitigar la pena fuori de'casi e delle circostanze in cui la legge permetta di applicarne una men rigorosa, dobbiamo render grazie alla benignità del legislatore, che non rende necessario il supplire con la giurisprudenza la legge.

Sezione V.

Metodo di applicazione.

26. Qual è però per noi il metodo di applicazione della legge nel caso della complicità di seconda classe (§ 17)? Le leggi francesi stanziarono la stessa pena pel reato consumato e pel tentativo, e per pari ragione fecer lo stesso per l'*autor principale* e pel *complice* 5). L'indifferenza della pena rende quivi i giudici di fatto meno attenti a questa o a quella formola nella dichiarazione di reità. Noi stessi quando era qui in vigore il codice francese, ne seguimmo talvolta la inesattezza; e nella causa *Gentile* e *Galliò*, trattata nel dì 2 di settembre del 1813, benchè quivi la formola, *consta che abbian commesso omicidio volontario*, indistinta per entrambi, non corrispondesse al fatto, perchè un solo in verità era stato il colpo mortifero, pure si fece di ciò poco conto, perchè allora bastava, che le loro azioni fossero in tal rapporto fra di loro, che legate insieme tendessero alla consumazione del reato medesimo 6).

27. Oggi però il grado di sì fatto legame non è più indifferente per la pena. Per togliere al reo il beneficio tanto della regola pel tentativo, quanto della regola per la complicità, conviene che il reato ne sia espressamente eccettuato. *Salve le eccezioni in alcuni casi particolari preveduti dalla legge*, è detto pel tentativo 7): *salvi sempre i casi ne' quali la legge abbia diversamente disposto*, è detto per la complicità 8).

28. Tutta dunque la causa risiede in

1) L. 1, § 3, D XLVIII, 8. *De sicariis.* — V. la nota preced. — *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus. Nihil interest occidat quis, an causam mortis praebeat. Mandator caedis pro homicida habetur.* L. 14 e 15 eod.

2) A fronte di tutta la collezione giustinianea era scritto: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare, vel respondere* - L. 24, D. *De legibus.* — V le nostre *Quist.* n. XV § 1, p 211 n XXI, § 2, pag 246.

3) L. 13, D. XLVIII, 19, *De poenis*, V. sop. § 3.

4) *Interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri.* L. 13, D. 1, 3, *De legibus.*

5) Art. 2 o 59 cod. pen. fr.

6) Ed anche dopo la pubblicazione del codice del 1819, quando ne' fatti elementari, e nella motivata estimazione di essi si trovò espresso il giudizio che la cooperazione del complice fosse stata così efficace, che senza di essa l'omicidio non sarebbe stato commesso, è stata talvolta perdonata la inesattezza della formola terminativa della dichiarazione della reità; e poichè la pena della legge era indistinta per tutti, e questa conseguenza nasceva dall'insieme della decisione, si è rigettato il ricorso. Arresto del 13 luglio 1836 nella causa di *Leonardo Novellio*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Arresto del 14 settembre 1836, nella causa di *Famiglietti* e *Spatucci*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — Si avverta però che questi non sono che due esempi, e che, a dire il vero, non giustificano chi si li prende a modello, che contento di distinguere solamente nella motivazione, cada poi nel vizio di mettere in un fascio complici ed autori nella dichiarazione terminativa. Ciò può farsi solamente quando son tanti i colpi mortiferi, quanti sono i rei intervenuti nel fatto (§ 15). Arresti del 15 aprile 1833 nella causa di *Pasquale Barbato;* — del 23 gennaio 1837 nella causa di *Pasquale Forte* e *Leonardo Lupo;* — del 28 aprile 1837, nella causa di *Angelo Merolilla* e *Carolina Nicoletta;* — del 19 genn. 1838 nella causa di *Tommaso Greco;* — del 2 aprile dello stesso anno nella causa di *Basilio Gentile;* — del 20 luglio anche del 1838 nella causa di *Luigi Caponi*, per tutte Montone comm., Nicolini m. p.

7) Art. 69 e 70 ll. pen.

8) Art. 75 ll. pen.

conoscere, se l'art. 418 ll. pen. il quale prevede il furto accompagnato da omicidio, sia espressamente fra i casi di eccezione. Lo è se l'omicidio è mancato 1); non lo è, se questo è semplicemente tentato. Intanto l'impugnata decisione non dice, che l'uno degli accusati abbia commesso un *omicidio consumato*, e l'altro un *mancato*: entrambi, ella dice, han commesso *omicidio consumato*.— Similmente lo stesso art. 418, il quale fa eccezione alla regola che riguarda l'*omicidio mancato*, non ne fa per l'omicidio tentato, e nemmeno ne fa pei complici. La legge dunque per questo reato fa rimanere in vigore tanto la regola che riguarda il solo *tantativo*, quanto la regola della *complicità*. Dunque in forza di ciò avrebbe dovuto esaminarsi in prima se le *quattro ferite facili a guarirsi* (§ 5) costituissero in questa causa il reato eccettuato dalla regola, cioè l'*omicidio mancato*, o più veramente il reato non eccettuato, cioè l'*omicidio tentato*; e poi nel grado della complicità individualmente rilevata, dovcasi esaminare qual fosse il grado della pena.

29. Ma che si farà, dice alcuno, quando di tutti gl'implicati nel medesimo omicidio, nemmeno alcun di essi sa la mano da cui sia uscito il colpo omicida? La risposta è facile: si dichiari la pura verità: *non consta chi sia l'autore dell'omicidio;* e per dirla colla formola dell'art. 277: *non consta chi degli accusati abbia commesso l'omicidio*. Ma ciò non vuol dire ch'essi ne vadano impuniti. L'omicidio certamente è stato commesso da uno di loro; e ciascuno è stato coadiuvatore e cooperatore del fatto (§ 15). Se niuno può esser dichiarato con certezza *complice del tal autore*, cioè *conscius huic* o *huius*, ognuno al certo è *complice nel reato* perchè il suo fatto è innesso al reato, *innexus culpae:* egli è *conscius facinori* 2). Consta dunque per lo meno che tutti sieno complici correlativi fra di loro. Non è nuovo, che i complici possan essere giudicati senza che si conosca l'autor principale. Molto più posson essi venir giudicati e convinti di complicità, quando l'autore principale è certamente fra di essi, ma chi d'essi precisamente sia quello, non consta. Allora si esaminerà per ciascuno, se l'omicidio sarebbe avvenuto senza la sua cooperazione; e la verità e la giustizia trionferanno. Che se ciascun d'essi contrabilancia gli altri nelle azioni certe e proprie di ciascuno, se niuna di queste azioni può definirsi sì grave, che pareggi quella d'un autor principale, qual male vi è poi che sia risparmiato il sangue di tutti? L'ergastolo e il quarto grado di ferri non sono pena da giuoco; e noi fortunatamente viviamo sotto di un Principe, nel cui cuore vive scolpito il sentimento generoso di Traiano, *satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare* 3) Per fermo, la determinazione di fare, precede sempre il fatto, e la consapevolezza mutua di più agenti precede l'azione. Tutti dunque naturalmente son *complici corrispettivi* fra di lo-

1) *Il furto accompagnato da omicidio consumato, o da ferita o percossa che costituisca l'omicidio mancato, sarà punito colla morte*. Nel che è da osservare, che non ogni *omicidio mancato* è qui eccettuato dalla regola dell'art. 69 ll. pen., quel solo omicidio mancato che lascia tracce permanenti nel dirubato con ferite o percosse, lievi o gravi ch'esse sieno.

2) V. *sup.* § 9. — *Eripitur persona, manet res*, disse Lucan. III, 58. Non saprei trovare parole più filosofiche e precise ond'esprimere il concetto. Con tutto ciò per l'applicazione degli art. delle ll. pen. interno alla *complicità* vi ha tuttavia chi crede non potersi alcuno dir *complice*, se non si scuopra in un altro l'*autor principale*. Ma convien distinguere ciò che è, e che dev'essere, da ciò che noi possiamo saperne. Quando io scuopro in alcuno certi ed indubitati i caratteri di complice, vi dev'essere certamente un *autor principale*, ma io non l'ho potuto conoscere. Quegli allora non può dirsi *conscius huic aut illius*, ma è certo *conscius facinori*; come se scoopro il *mandante*, e non posso convincere il tal altro come *mandatario*, e se convinco il *ricettatore*, e non scuopro il *ladro*. Arresto del 12 nov. 1832 nella causa di *Francesco Rosanelli*, Celentano comm., Nicolini m. p. Così pure accusato alcuno di furto, qual *autor principale* di esso, può rimaner dubbio s'egli l'abbia con la sua mano eseguito, ma la conosciuta qualità furtiva delle cose reperte presso di lui, può convincerlo *complice* se sia chiara la sua scienza anteriore al reato, o almeno *ricettatore*, se quella scienza della qualità furtiva delle cose non consti di essersi avuta prima dell'atto del ricettamento. Arresto del 9 novembre 1832, nella causa di *Dom. de Simone*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — V. *sup.* i §§ 8, 9 e 21, e la *nota* 3 pag. 621.

3) L. 5, D. XLVIII, 19, *De poenis*. — V. sup. § 19.

ro, ad onta che nell'azione questo reo aiuti semplicemente e cooperi e quell' altro compia l'azione.Dir tutti cospiratori, e aiutatori scambievoli, nel fatto, è la prima essenziale idea ch'entra come elemento necessario nel concetto della reità di più persone pel fatto medesimo 1);e se consta chiaramente sol questo e non altro, nulla si dice di contrario alla natura delle cose, dichiarando solo la *complicità corrispettiva*.

30. E perciò se l' accusa presenta tutti i rei come *autori* del reato, può il giudice senza nuova accusa dichiarare alcun d'essi, o tutti semplicemente *complici*. Ancorchè *autori*, pure sarebbero tutti complici l'uno rispettivamente all'altro (§ 15). Non è dunque un fatto nuovo non mentovato nell'atto di accusa 2).

31. Veggo bene che ciò richiede intelligenza non pure e spirito di analisi, ma lungo uso ed attenzione infinita. Ma da quando in qua è divenuto lieve il saper giudicare della vita degli uomini? I giurati in Francia pronunziano semplicemente: *no, l'accusato non è colpevole*: ovvero, *sì, è colpevole di aver commesso il misfatto con tutte le circostanze indicate nella posizione delle quistioni*; ovvero *è colpevole di aver commesso il misfatto colla tal circostanza, non con la tal altra* 3). Ma è certo ch' essi non possono giungere a tal conclusione, se pria nel loro animo non isvolgano tutto il fatto, e se non riducano a' suoi elementi la proposizion complessa la quale forma l'oggetto della quistione che lor si presenta; in seguito debbono riconoscere, se ciascuno di questi elementi si verifichi nella causa lor data a decidere; in fine dedur debbono da sì fatti elementi, come conseguenza necessaria, la dichiarazione di reità. Progression logica è questa, indispensabile ed essenziale ad ogni mente che di qualche cosa voglia prender conoscenza, e giudicarne.

32. Se non che i giurati in Francia non sono obbligati ad esprimere questa serie di logiche operazioni e questo ragionamento: i nostri giudici lo sono. E ciò era stato prescritto appo noi fin dal 1774. Con quella prammatica ebbe freno ogni leggerezza de' giudici, e lor si prescrisse un conto da rendere al pubblico della sincerità del giudizio. I partegiani dell' arbitrio se ne dolsero; ma rispose ad essi con forti parole la prammatica del 25 novembre di quell' anno medesimo: leggi salutarissime, alle quali si lega la gloria di un gran ministro che le propose, e quella di un grandissimo pubblicista che le comentò, TANUCCI e FILANGIERI. L'art. 206 del regolamento di procedura del 1803 venne a respristinarle; e l'articolo 219 della l. org. del 1817 le ha mantenute in vigore. Finalmente nel 1819 gli art. 293 e 294 pr. pen. venner così concepiti: *Le quistioni di fatto debbono essere distinte da quelle dell' applicazione della legge: il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni, debb' essere espresso, a pena di nullità, nella decisione* 4).

33. La differenza dunque tra il metodo francese della pronunziazione del giudizio, ed il nostro, è che quivi la legge è contenta al nudo *sì* o *no* de'giurati; la legge napolitana vuole, ed il volle fin dal 1774, che i fatti da'quali deriva la risoluzione della quistione, sieno espressi ad uno ad uno nella decisione; tal che il convincimento sopra ciascuno di questi elementi e la loro estimazione, è un giudizio puramente di fatto, non soggetto a ricor-

1) V. *supra* il § 15, e la nota 2 pag. 624.

2) Art. 299 pr. pen. — Arresto sopracitato del 5 giugno 1838 nella causa *Scandinaro* e *Gentile*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p. — Arresto del 10 aprile 1839 nella causa di *Carmine di Giorgio*, MONTONE comm., NICOLINI m. p. — Anzi accusato alcuno nominatamente come complice per uno dei *nn*. dell'art. 74 ll. pen., egli può essere dichiarato colpevole a' termini di un altro *n*. dello stesso art. L'un *n*. è gradazione dell'altro. Arresto de' 9 gennaio 1839 nella causa di *Fabrisio Stefanelli*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p., RAFF. CONFORTI avv. del ricorrente. — In questa stessa causa si ripetette la massima antica, che se i *correi* son giudicati in separato giudizio, la dichiarazione di reità fatta in favore o contro dell'uno, non giova, nè nuoce all'altro. *Stefanelli* era complice di prima classe, perchè mandante non solo, ma macchinatore di tutti gli artifizii colpevoli, onde ai commise l' omicidio. Intanto in separato giudizio, fu assoluto il mandatario, o sia l'autore ed esecutore del misfatto per prezzo; ed in altro giudizio *Stefanelli* fu condannato all' estrema delle pene. Il suo ricorso venne rigettato.

3) Art. 345, cod. d'instruction criminelle.

4) V. la nostra *Proc. pen.* I, § 242, II, § 223, III, § 226, 541.

so 1); ma il vedere se tali elementi di fatto sieno tutti quelli dai quali si costituisce la proposizione complessa della dichiarazione di reità, è piuttosto un giudizio di dritto, e può esser materia di revisione o censura, e perciò di ricorso.

34. Imperocchè cosa è mai la dichiarazione di reità, *consta che Maiolino e Barletta abbiano commesso furto accompagnato da omicidio consumato* (§ 4)? Ella non è che l' ipotesi dell' art. 418 delle leggi penali, verificata nella causa. Ogni legge penale consta sempre di due parti, ipotesi di fatto, sanzione punitiva. Il dire: *se si commette furto accompagnato da omicidio consumato*, forma l' ipotesi; la soggiunta: *questo sarà punito di morte*, è la sanzione. E ch non vede che il sapere quante e quali idee compongono l' idea complessa, *furto accompagnato da omicidio consumato*, è quistione di dritto, e non di fatto? Vedere poi se ciascuna di queste idee siasi verificata nella causa, è fatto e non dritto. Da ciò deriva, che alla corte suprema, magistrato censore non del giudizio di fatto, ma del giudizio di diritto, è diretto l' art. 327 pr. pen.: *Se la definizione del reato è in contraddizione co' fatti espressi colla decisione impugnata, la corte suprema pronunzierà esservi nullità.* Or ne' fatti espressi colla decisione impugnata uno è il colpo mortifero, vibrato da un braccio solo 2). La proposizione dunque che due abbian commesso l' omicidio, è in contraddizione con questo fatto (§ 6), se pure non volessimo dare alla frase, *commettere un omicidio*, la significazione impropria d' un tropo. Ma l' impiccamento d' un uomo parmi, se non m' inganno, qualche cosa di fisico assai e di reale, non metonimia o altra figura rettorica (§ 20).

35. Tutto ciò ben considerato da questa corte suprema, le ha fatto creder sempre falsa, non che erronea, ogni definizione di reità la quale confondesse le idee di *esecuzione materiale* e di *complicità*. Il dire che il tal reo ha conspirato allo stesso fine, che ha vibrato il colpo nel medesimo tempo, che ha ferito ed avrebbe continuato a ferire se non avesse veduto già spirata la vittima, non è altro che dire, aver egli coadiuvato, facilitato ed assistito l' *autore*, cioè l' esecutore, nelle azioni che hanno fisicamente consumato l' omicidio. Dunque in generale è *complice* e non *autore*, a' termini del n. 4 dell' art. 74; ed in particolare è *complice* per cooperazione, a' termini dell' art. 75. Può ben essere tenuto alla stessa pena: ma non perciò si cangerà la definizione della reità e la natura del fatto, sì che egli ne diventi l' *autore materiale*. Perchè egli abbia la stessa pena convien dichiararlo *complice*, qual' è; e poi dichiararlo tal complice, che senza la sua cooperazione il reato non sarebbe stato commesso 3). Dirlo *socio*, niente rileva: voce è questa non usata nelle nostre leggi penali. Che se nel fòro vien mai presa in prestanza dalle leggi puramente civili, ella non può da sè sola, senza mandato espresso del legislatore, render comune alle materie criminali la *solidarietà* e la *responsabilità* dei *socii* nelle civili obbligazioni (§ 10). Dirlo poi *correo*, non dice altro fuor ch' egli è implicato nell' altrui reato e nell' altrui accusa 4); ma per conoscere il suo grado preciso d' imputazione e di pena, convien risolvere s' egli è *correo* dell' altro come *autore*, o come *complice* del fatto. Sempre dunque la quistione si riduce a vedere s' egli sia *autore* o *complice*; e quando

1) E sopra di ciò poggiano i due primi arresti, da noi indicati nella *nota* 6 pag. 625.

2) Ripetiamo, che quando più colpi son tutti mortiferi non vi è bisogno di quistione di complicità. Tutti i rei sono autori principali. — V. la d. *nota* 6 pag. 625.

3) Dir complice senza indicarne il grado con le parole stesse degli art. 74 e segg., è nullità: lo abbiamo sopra rilevato più volte (§ 22 e 29). Nè vale che si tratti di veneficio: arresto del dì 8 luglio 1833 nella causa *Germanio* e *Mazzoni*, Celentano comm., Nicolini m. p., Tarantini avv., o d'infanticidio: arresto del 13 agosto 1834 nella causa di *Luigia Chiurazzo*, Montone comm., Nicolini m. p. — Tal che dichiarare due accusati *autori e complici rispettivi*, senza precisare qual sia l' autore, quale il complice, ed in che grado, è contraffare alla legge. Arresti del 26 agosto 1833 nella causa di *Maria-Antonia de Finis* e *Grazia Barbato*, Longobardi comm., Letizia m. p. — del 24 novembre 1834 nella causa di *Francesco Tripodi* e *Maria Nato*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Liborio Romano avv. — del 31 luglio 1835 nella causa di *Giuseppe* ed *Alessandro Spagnuolo*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — V. le nostre conclusioni nella detta causa *Chiurazzo*, di queste nostre *Quistioni*, n. XXXII, pag. 450.

4) V. sopra la *nota* 1 pag. 321.

egli è complice della seconda classe, quale sia stata l'efficacia della sua cooperazione.

36. Molti sono gli arresti, ne' quali tutto ciò avete stabilito negli omicidii semplicemente volontarii 1). Lo avete a maggior ragione fissato negli omicidii premeditati 2). Ed in quelli che accompagnano i furti, qual è il caso della causa presente, io rammento i vostri arresti del dì 23 luglio 1832 nella causa *Rizzo* e *Miele*; de' dì 22 febbraio, 28 giugno, 6, 16 e 25 settembre 1833 nelle cinque cause *Melaccio*, *Fusco*, *Petta*, *Raicaldi* e *Sollazzo*; del dì 26 febbraio 1834 nella causa *Boffa*; de' dì 15 e 27 luglio e 10 agosto 1835 nelle tre cause *Avella*, *Imperatore* e *Gagliotti*. I due vostri arresti nella causa *Imperatore*, e nella causa *Gagliotti*, possono dirsi veramente magistrali, perchè nulla intorno alla quistione lasciano a desiderare.

Sezione VI.

Raccapitolazione.

37. Raccapitolando dunque tutto il nostro ragionamento, giova ripetere, — che la quistione di essere due o più rei, colpevoli di furto accompagnato da omicidio, meritava di esser distinta per reati e per persone: l'art. 286 pr. pen. ne dà il ricordo o ne fornisce il mezzo (§ 4); — che da' fatti espressi nella decisione apparisce chiaro, ch' entrambi i ricorrenti sieno autori principali dell'omicidio (§ 5); — ch' è in contraddizione di questi fatti il dichiarare indistintamente, ch' entrambi abbian commesso l' omicidio (§ 6 e 34); — che qualunque sia il concorso, qualunque la cooperazione efficace di colui che ha ferito e non ucciso, egli è complice, e non autor principale (§ 19 e 34); — che questa complicità non è di quella specie che mena per se stessa il reo alla pena medesima dell' autor principale (§ 16): ella è soggetta alla quistione, *se l' autore avrebbe commesso il reato senza sì fatta cooperazione* (§ 6 e 17); — che le ferite prodotte dal cooperatore potevano ben avere il carattere di mancato omicidio; nel qual caso l' uno sarebbe andato a morte per furto accompagnato da omicidio consumato, l' altro per furto accompagnato da omicidio mancato (§ 28); — che prescindendo da ciò, la gran-corte potea considerare questa cooperazione così efficace, che senza di essa sarebbe stata o vacillante la determinazione dell'omicida al misfatto, o dubbio il successo, e colpire perciò entrambi della pena medesima (§ 22); — che ove fosse rimasto incerto chi de' due fosse stato il feritore, e chi l' omicida, entrambi certamente si coadiuvarono e cooperarono a vicenda nel reato medesimo; *conscii facinori* (§ 29): non potevano dunque sfuggire la dichiarazione di complici scambievoli e correlativi (§ 15); — che ciò però potea menare o a simiglianza, o a differenza di pena (§ 6 e 22); — che da ultimo, quante volte in tale complicità fosse rimasto incerto nel cuore de' giudici, se la cooperazione mutua fosse stata tale che senza dell' un reo l' altro avrebbe pur commesso il reato, conveniva piegare il capo ai disegni arcani della Provvidenza (§ 23 e 24), la quale volendo che non si scoprisse il reale e vero omicida, nè il grado vero di complicità, giudica ben punito in entrambi il misfatto con uno a due gradi di meno della pena ordinaria (§ 22 e 29).

38. Or di tali vie tutte legali, tanto per ispiegare un indistinto e giusto rigore, quanto per temperar questo in uno de' due rei, o in entrambi con la benignità della legge, di tali vie offerte alla gran-corte dal legislatore, ella non ne tenne alcuna (§ 6). Scelse quella che la giurisprudenza francese suggerì nella causa *Gen-*

1) Arresti del 21 settembre 1832 nella causa di *Giuseppe Chiavaro*, Montone comm., Nicolini m. p. — del 5 nov. 1832 nella causa di *Antonio* e *Giuseppe Rubilotta*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — del 14 agosto 1833 nella causa di *Domenico Bonfiglio*, Celentano comm., Nicolini m. p. — del 19 febbraio 1834 nella causa di *Concetta Petrelli*, Celentano comm., Nicolini m. p. — del 17 novembre 1834 nella causa di *Giovanni Rossi*; — del 1 luglio 1835 nella causa di *Giuseppe Famiglietti* e *Domenica Spaducci*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — del 5 agosto 1835 nella causa di *Bruno Cagliati*, — del 5 novembre dello anno nella causa di *Francesco Muraca*, — del dì 11 nov. 1836 nella causa di *Dom. Passero*, Celentano comm., Nicolini m. p.

2) Gli esempii delle cose giudicate per gli omicidii premeditati, sono stati da noi rammentati alla *nota* 2 pag. 624.

—

tile e *Galliò*, e che cesse a più miti principii per la legislazion nostra del 1819 (§ 25 e 26). Ella dunque violò, a mio avviso, gli art. 74, 75 e 77 delle leggi penali, e pronunziò una dichiarazione di reità in contraddizione co' fatti espressi nella decisione.

39. Per le quali cose è giusto, che tal decisione sia rescissa: chè anche dalla romana sapienza fu prescritto, che si rescindano senza appellazione le sentenze in cui cose contraddittorie e repugnanti fra loro si contengono (§ 6). Avvalendomi dunque delle facoltà concedute alla corte suprema dall'art. 327 proc. penale (§ 34), io domando in nome della legge l'annullamento di questa decisione 1).

—

I.

DELLA UNIFORMITÀ E CELERITÀ

NELL' AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA.

DISCORSO 2).

Compositius cuncta, quam festinantius agere.
TAC. Ann. XV, 3.
Rapido sì, ma rapido con legge.
TASSO, Gerus. III 2.

1. Ben augurate, e nell' adempimento de' vostri nobili ufizii feconde d' utili effetti, sono state, o Signori, nel 1839 due novità, l'una comune a tutto l'ordine amministrativo e giudiziario del regno, l' altra temporanea ed a noi particolare: ed io incaricato ad aprir l'esercizio del 1840, mi mostrerei straniero a ciò che più degno di nota accade fra noi, se l'anno che sorse non legassi a quello che cadde, discorrendo qui di tali novità le cagioni. Già vedete ch' io intendo in pria ragionare della rivocazione dell' atto sovrano, il quale in tutti i tribunali, compresa la corte suprema, statuiva dover sedere al di qua del Faro soli Napolitani, e soli Siciliani al di là 3); e poi della divisione in due di quella che qui per lo innanzi era una sola camera civile. Per effetto di questa divisione, la spedizione degli affari civili, ritardata ne' precedenti anni per cagioni indipendenti da noi, si è renduta ora più piena e più celere; come per effetto di quella rivocazione si toglie omai tra le due parti del regno ogni difformità nella maniera di giudicare e nella giurisprudenza. L' uniformità ombrosa e restia per caparbietà, o lenta per torpore, è da esserì in cui non ferve scintilla d'ingegno, non che fiamma d' italico intelletto 4): la celerità incomposta, ridevole in tutti gli atti della vita, è funesta e contraria al loro scopo negli atti giudiziarii. Uniformità nei principii, seguita da intelligente celerità nello svolgimento della loro azione, è il solo fenomeno, il quale disvela nell' anima d' uno stato quella forza di mente veramente regia, che ricca del passato, informa d' un solo spirito e tutto vi contiene il presente, e così unito lo spinge ad un felice avvenire.

2. E incominciando da quella novità che ad uniformità riduce in tutte le parti del regno il sistema de' giudizii, è noto

1) Così è stato deciso, *et hoc iure utimur*.

2) Pronunziato all' odienza pubblica della corte suprema di giustizia di Napoli, a camere riunite, nel dì 7 di gennaio 1840, giorno del riaprimento solenne dell' anno giudiziario.

3) Atto sovrano del dì 11 dicembre 1846, rivocato in parte con legge del 31 ottobre 1837.

4) L' uniforme tardità per ostinatezza ricalcitrante, fu detta da PLINIO propria di quella bestia *ex equo et asina genitae, sed effrenis, et tarditatia indomitae*. Hist. nat. VII, 44, 69: la tarda uniformità per mancanza d' energia, fu descritta da DANTE nel *Purg*. III, v. 79 e segg.

Come le pecorelle escon dal chiuso,
. . . .
E ciò che fa la prima, e l'altre fanno
Semplici e quete, e lo 'mperchè non sanno.

che dopo aver Ruggiero, e più Federico, con braccio forte e con una sola legislazione, ridotto tanti piccioli stati in una monarchia, spenta la stirpe di quei re, la mala signoria produsse nel corpo politico di tanta conquista ciò che spaventosa catastrofe in tempi remotissimi prodotto aveva nel fisico: Napoli e Sicilia formarono due regni 1). Ben si mantenne qualche fondamento d' unione, perchè comuni ai due territorii rimasero le leggi de' Normanni e degli Svevi, non che il fonte di ogni equità civile, il diritto romano. Ma le due dominazioni eran troppo nemiche: angustissima la foce che le partiva, e tanto più infensi gli animi e ostinati: emulazioni superbe; conspirazioni ed armi, intente di qua a vendicarsi e ricuperare, di là a difendersi e mantenere; le onte irritar gli sdegni alla vendetta, la vendetta rinnovare le onte; i due popoli nudriti delle passioni de' loro dominatori, e da fratelli diventati anch' essi nemici.

3. Ed invano li regolò poscia un re solo: la disparità degl' impegni era già stanziata dalle offese reciproche e dagli anni. Un altro re pari a Federico, l'avrebbe fatta, or con la forza, or con la prudenza civile, sparire; chè a distrugger lo spirito di parte ed il pregiudizio, sarebbero da sè concorsi gl' interessi veri dei popoli. Ma Carlo V che il poteva, costretto a governare per vicerè paesi lontani, li amò piuttosto divisi, che uniti in nazione, e non volle: i Filippi ed i Carli che gli succedettero, stretti troppo al suo esempio, ed ora mal provvidi, ora deboli, nol potettero. Capitoli e prammatiche al di qua, capitoli contrarii e prammatiche diverse al di là, succedentisi in volumi immensi, ne' quali rimaneva affogato il germe della legislazione originaria e comune: e perchè sparisse ogni orma della primitiva fratellanza, e finanche la fisonomia di famiglia, si adottava in molte leggi il volgar dialetto, allora rozzissimo, benchè poi renduto sì leggiadro dal Capasso e dal Meli, quasi che l' un popolo sdegnasse d' essere italiano, perchè italiano era l' altro.

4. Ma ricrea l'animo e lo ristora il rammentare, che dopo cinque secoli di tanta disgiunzione, in pria violenta, poi sostenuta da' due pessimi consiglieri, il timore e l' orgoglio, invecchiata in fine fra le arti di addormentatrice politica, venne a noi al maggior uopo, come spedito dal Cielo, il Re CARLO BORBONE. Non pertanto, come che sdegnoso d' impugnare uno scettro sì mal spezzato in due. Ei non amò correr di lancio agli estremi, nemici di ogni impresa generosa; e tutto spiegando quel real senno di cui splendette sì chiaro, fu contento alla preparazione dell' opera, onde lasciarne il compimento al suo augusto figliuolo. Così tutte le sue leggi spirarono concordia ed unità nell'amministrazione; e FERDINANDO I potette di due troni formare un sol trono, abolir finalmente nelle due parti de' suoi reali dominii tanti antichi e sì diversi statuti, e dare ad entrambe, benefizio inestimabile, un codice medesimo.

5. Se non che l' azione di due secolari e così varie legislazioni, dovea di necessità spiegarsi discorde nella esecuzione della nuova. Dettato dalle cose stesse è che le leggi anteriori e le posteriori entrino le une nelle altre, e queste trovino in quelle appicco non pure e spiegazione, ma al bisogno anche supplimento. Tosto che una certa analogia, non che identità di ragioni e di casi nelle une e nelle altre ravvisasi, la scuola del fòro se ne impadronisce, e riceve da ciò un' utile occasione per traspòrtare a via d' interpetrazione l'esercizio di ogni giurisdizione dall' antico al recente 2). Ed a misura che la legge vecchia più differenzia in due popoli, più differente ne nasce l'esecuzion della nuova. Questa è la ragione per cui in tanti punti di legge conforme, disforme è la giurisprudenza nostra dalla francese.

6. Ma per restringerci alle sole relazioni tra noi e la Sicilia, testimonio di tal verità sia l'*utile interdetto Salviano*, uscito non so da qual Salvio, ma certamente dalla prima romana legislazione. Or sebbene fosse questa comune al continente ed all' isola, pure un tale interdetto passato a traverso di tanti secoli di divisio-

1) Nel 1282. E sarebbero rimasti, dice Dante, sempre uniti per bene dell'Italia, *Se mala signoria, ec. ec.* Par. VIII, 73.

2) L. 2, § 5, D. *De origine iuris.* — L. 13, 26, 27. D. *De legibus.*

ne, qui si trasformò in giudizio di *assistenza*, là in immissione del creditore nel possesso de' beni del debitore, possesso trasmessibile, il quale diffuso in tutta la Sicilia, vi rendette gran parte delle proprietà prediali salviana e precaria. Venne poscia, comune a tutti i sudditi del Re il codice nuovo, nel quale tutte caddero le leggi antiche. Non parlò di *assistenza* più che di *Salviano;* ma regolò la materia de' diritti sulle cose ed alle cose, sì per crediti, e sì per ragioni da altro fonte derivanti. Ond'è che l'esecuzione n'è stata poi così varia in Napoli e in Sicilia? Non è forse il fòro siculo conspicuo per ingegni acutissimi, atti non solo, ma abituati a tutte le controversie del dritto pubblico e privato, perfezionati dallo studio, ornati di ogni erudizione, assidui in tener dietro con intelligenza e con critica a tutto l'andamento delle nuove leggi ed in Napoli ed in Francia? La sola educazion forense, eseguita quivi con un corso antico di leggi, e qui con un altro, produsse lo stesso, che già si vide nell' osservanza del dritto romano, quando ci risorse fra le consuetudini e le leggi del medio evo: le voci, non che le cose, vi furono intese da ciascuno a suo modo; e quanto più gl' intelletti eran forti, tanto più ingegnosi a piegarle alle loro idee favorite. Così del pari, benchè un solo sia il Re, fonte di tutte le giurisdizioni, benchè una sola e la medesima la legislazione, pure ne nacquero varietà non poche fra l'isola ed il continente.

7. Rimaneva adunque ancor qualche cosa al compimento dell'opera immortale di CARLO BORBONE e di FERDINANDO suo figlio; e ciò consisteva in disfare un'educazione sì annosa, e rifarla sì, che tolto in brev' ora a ciascuna delle due scuole quanto aveano di discordante fra loro, entrambe si fondessero in una. Ma come eseguirlo? Non vi era altro mezzo, che mescerle insieme; bisogno già sentito da tutti i buoni, perchè addottrinati da' tristi effetti delle antiche gare, nelle quali ci vedevano la principal causa della nostra debolezza. E non siamo forse, diceansi insieme l' un l' altro, non siam forse noi tutti, sudditi e figli del medesimo Re, del Padre medesimo? Nati egualmente ove brilla più chiaro *il bel zaffiro dell'italico cielo;* circondati dallo stesso mare; in un suolo egualmente ferace sì de' prodotti minerali ed agricoli i più necessarii e più vaghi, e sì degl' ingegni i più eletti; inchinevoli per indole e per simiglianza di costumi, e spesso necessitati dalla natura degli eventi a soccorsi scambievoli; comuni i bisogni, comuni i traffichi, comune e indivisa l'eredità preziosa della gloria avita; indistinti oggimai per legge nella estimazione de' dritti e delle obbligazioni; stretti da vincoli mutui e incessanti di alleanze domestiche, di contratti, e finanche (oh! così non fosse!) di complicità ne' delitti; pari ne' pericoli delle tempeste distruggitrici e degli accesi vulcani; e se disgiunti da breve tratto di mare, avvertiti sempre dalle vestigia, rimase eterne nelle opposte sue ripe, della nostra intima ed originaria unione; qual è il pregiudizio, quale la gelosia bizzarra, che ci tiene nelle cose del fòro, e solamente nelle cose del fòro, sì dannosamente disgiunti? Trasportino pure in Napoli i magistrati siciliani le tradizioni dell' antica sicula sapienza; rendano i napolitani indigena in Sicilia la loro; e sol così potrà sparire lo scandalo che in qualche momento di scettica misantropia facea Pascal esclamare: strana giustizia! i di cui confini sono un monte o uno stretto, ed in cui un meridiano decide della verità, ed un grado di elevazione di polo rovescia ogni norma di dritto! Perchè non si decide una volta nello stesso modo in Napoli, Trani, Catanzaro ed Aquila, come in Palermo, Messina e Catania? Così l'educazion legale del regno sarà compiuta fra breve, il fòro non sarà che uno, una la maniera di giudicare, una la giurisprudenza. — Il Re l' intese, ed al pubblico voto sorrise.

8. E per tal modo i Siciliani fra noi, ed i nostri fra i Siciliani hanno di già nel corso meno ancor di due anni, ridotto ad uniformità molte parti di dissonante giurisprudenza: nè ultimo luogo ha quella che riguarda l' *utile Salviano*, proposto da me poco innanzi ad esempio 1). E qual movimento nuovo di emula alacrità

1) Nel 1827 io feci di queste controversie sull' *utile-Salviano* il soggetto d'un trattato che qui al n. II riproduciamo; ma le ultime decisioni della gran-corte civile di Palermo han dato occasione

in bene operare e corrispondere alla fiducia che in noi ripone il Re Signor Nostro, qual riverbero di lumi, qual comunicazione mutua di pensieri e consigli, non è derivata in questa corte suprema dall'aver nel suo seno tanti magistrati, i quali illustrarono il fòro di Sicilia? L'anno che scorre ne vide gli effetti, speranza non più dubbia, ma certezza per gli anni avvenire.

9. Per la quale educazion comune del fòro, renduta ovunque uniforme la stessa maniera di giudicare, ne nasce compagna la prontezza e la celerità ne' giudizii; e non quella precipitosa, ambiziosa, impaziente, che non discioglie i nodi, ma li tronca; sì quella delle anime illuminate e forti, agenti sempre ad un fine, e non trattenute incerte fra l'urto discorde di opposte opinioni. La giustizia, dice Cicerone, non ha valore che per l'uso: ella agisce esteriormente e da sè, balzando per sua natura tutta intera al di fuori, spiccata sempre e visibile. E s'ella per ciò, più che ogni altra virtù, accorre spontanea e si slarga fra le altrui pretensioni contrarie, ond'estimarne le utilità e snodarne le dubbiezze 1), il farsi lungamente aspettare è incomportabile con la sua natura. Anzi non è che ingiustizia odiosissima il tener ansie lungamente le menti, scoraggiare i buoni, far godere molto tempo a' perversi i frutti della malvagità e della mala fede, trattenere in ceppi l'innocente, ritardare e infievolire il pubblico esempio, e rendere di dì in dì più complicate le difficoltà de' giudizii, e dannosa, non che pericolosa a chi poi tardi l'ottiene, la stessa vittoria.

10. Vero è che la rapidità de' nostri giudizii non può esser mai quella delle prime società, nelle quali udito il reo in contraddizione dell'attore o dell'offeso, ora senza testimoni, ora con pochi, il giudice assolveva incontanente o condannava. Sviluppate meglio le menti, cresciuti ed implicati fra loro i bisogni, difficultato da' nuovi accorgimenti, dalle nuove e più smascherate passioni, e dalla stessa moltiplicità de' nuovi mezzi, il rinvenimento del vero, convenne particolareggiar meglio i casi, non che le specie, e fatta della investigazione e del ragionamento un'arte logico-critica, dar anche con le norme di procedura una logica pratica a' magistrati. Così la nostra speditezza dev' essere assai misurata, la nostra celerità composta. E però a rendere efficace il rimedio che si desidera a' ritardi giudiziarii, convien prima ben distinguere quelli che provengono dalle instituzioni, da quelli che oppongono i magistrati medesimi, e gli uni e gli altri da quelli che nascono dalla natura degli affari.

11. Quanto alle istituzioni, nostro ufizio è ubbidirle, non giudicarle 2). Gl'indugi che prescrive il legislatore, non sono perdite di tempo, ma guadagni, per lo svolgimento del dritto delle parti, e per la ponderazione necessaria al giudizio. Era a'nostri padri non lieve cagion di lentezza la inestrigabile confusione delle giurisdizioni, e quello che il Re Ferdinando I dall'alto del suo trono definì, *cumulo di leggi, fatte in diversi secoli, per diversi popoli, differenti di costumi e di forme di governo, scritte in diverse lingue, senza un disegno generale, e spesso con opposti principii* 3). Sì fatta congerie, grande impedimento alla uniformità e celerità de'giudizii, è sparita: la legislazione corrisponde or tutta *a quella unità d'instituzioni politiche e civili, che formano il dritto pubblico del regno* 4). Rimaneva ancora nelle cariche un muro, benchè tenue, di separazione tra i Napoletani ed i Siciliani. Ma tal separazione fu solamente *uno stato intermedio* (son parole dello stesso legislatore) *da servir di preparazione al compimento della grande opera, onde rimuovere insensibilmente i molti ostacoli nascenti dagli usi e dalle abitudini, i quali avrebbero sempre paralizzato il corso della nuova amministrazione, quand'ella ad un colpo fosse stata surrogata all' antica* 5). E questo

ad un rescritto reale che le fa tutte sparire.

1) *Virtus in uso sui tota posita est. — Iustitia foras spectat, et proiecta tota est, atque eminet.— Quae virtus, praeter ceteras, se ad alienas porrigit utilitates, atque explicat*, Cic. *De re publica*. I, 2. III, 7, iterum edente Maio, Romae, 1828.

2) *Principi summum rerum iudicium dii dedere: nobis obsequii gloria relicta est*. Tac. Ann. VI, 8.

3) Parole dell'esordio del real decreto 2 agosto 1815.

4) Parole dell'esordio della l. 11 dicembre 1816.

5) Parole dell'esordio della l. 12 ottobre 1817.— Questo stato *intermedio* cominciò con crearsi in

stato intermedio è già, per effetto dell'ultima reale determinazione, cessato. Niuno dunque può più accusare le nostre instituzioni, niuno mercar più scusa dal difetto di armonia fra le nostre leggi, quante volte le decisioni dei tribunali giungano più tarde dell'uopo, o presentino principii discordi.

Napoli una *giunta suprema di Sicilia*, mista di magistrati Napolitani e Siciliani; e ciò nel tempo stesso che con attribuzioni supreme nei tribunali maggieri, erano Napolitani in Sicilia il *consultore* ed il *conservatore*, e Siciliani in Napoli *due consultori*. V. la nostra *Procedura*, I, 296, ove abbiamo fatto onorata menzione di molti illustri personaggi, che istruendo qui noi delle cose di Sicilia, e là i Siciliani delle cose del continente, rannodavano nei loro giudizii le due legislazioni. Io feci però solo alcun cenno di quei del mio tempo, come Cardillo e Ferreri, Migliorini e Troysi; l'ultimo dei quali mi fu poi collega, sì nella commessione legislativa del 1814 e sì nell'altra del 1815, e finalmente nel ministero pubblico presso la corte suprema. Bello ed istruttivo era udirlu con quanta sagacità in tutte le quistioni ei menava ai principii del dritto romano in cui fu maestro sì solenne, la giurisprudenza sicula nella cui dottrina ei si fece ammirare per tanti anni consultore in Palermo. Pubblicato poi il nuovo codice in Sicilia, si scelsero dalla nostra magistratura ingegni assai svegliati e ricchi di esperienza nelle cose del fôro; ed ogni tribunal siciliano n'ebbe uno o più d'uno: chè vano è sperare nelle più utili riforme alcuna cosa di buono da uomini di tardo e mal esercitato intelletto. Ben li avremmo per causa di nome tutti qui nominati, se non fosse stato il timore di offenderne la modestia.

Ma dov'è fra costoro Michele Morgigni? Egli mancò ai vivi fin dal dì 24 di giugno 1822. Se è vero ciò che disse Cicerone, che il decoro è riposto in tre doti, avvenenza di persona, compostezza di maniere, e forma di dire opportunamente ornata, chi più di lui ebbe diritto a tal lode? Io lo vidi in tutta la freschezza del quarto suo lustro, presso quel laborioso e sì benemerito giureconsulto, Michele Terracina, famoso per le sue eddomadarie accademie, nelle quali con battaglie finte addestrava la gioventù forense alle vere. Correva il 1802, ed io già da qualche anno volgeva ad uso non infecondo sì utili esercizii, ancho miei una volta, ed anche presso di lui. Il professore illustre, ma nun sempre faceto nè erudito a proposito, con quella sua patriarcale compiacenza alla buona riuscita degli allievi, me 'l presentava dicendo: eccoti uno de' miei più bravi; la vivacità dell'occhio, e l'incarnato perenne delle guance ti mostrano in lui il Manfredi dell'autore che tu metti per tutto:

Biondo era e bello e di gentile aspetto.

E subito Morgigni: ma nè biondo, nè di dubbio natale son io, nè vorrei lasciar mai la persona rotta di punte mortali, o aver che fare col pastor di Cosenza. Risposta sì pronta, fatta con le parole dell'Alighieri (*Purg*. III, 118), ad un verso dell'Alighieri al poco a lui confacente, mi destarono ed ammirazione e piacere; e quel giorno mi legò Morgigni per sempre in fede d'amicizia. L'ebbi vicino nel fôro: grato m'era l'udirlo aringare; più grato il leggere le sue poesie ed i suoi scritti legali: e chi fu mai giureconsulto eloquente senza il fuoco sacro delle Muse? Tra sì fatte sue aringhe e scritture primeggiavano quelle relative a cause amministrative nella Sommaria, splendide de' più bei lumi della storia patria e della pubblica economia. Ed in questi studii, mescendo noi, come solevamo, alle cose più serie riso non incivile, ei rammentava talvolta quel *biondo* per *nero* del buon Terracina, ed io quel Manfredi di Dante, che avrebbe potuto più acconciamente far luogo al Floro di Orazio (*Ep*. I, 3, v. 20). Or chi avrebbe detto mai, che giovine ancora ei dovesse un giorno lasciare pur sulla strada, rotta la persona da punte mortali, benchè non di spada, ma di sassi, ne' quali precipitando di cavallo egli diè miserevolmente di testa, e che un pastor sacro di Cosenza ne avrebbe trasmutate le ossa, benchè non a *lume spento*, ma cun tutti gli onori dovuti alle sue virtù, e in mezzo al lutto de' buoni?

La fama della pienezza delle sue conoscenze economiche lo menò nel 1806 all'amministrazione interina de' reali siti di Persano: quella delle legali nel 1808 al tribunal civile di Capitanata. Il decreto medesimo chiamava a magistratura più elevata il suo maestro Terracina. Nulla di più commovente delle lagrime di gioia di costui, allorchè il grato discepolo, baciandogli la mano, gli presentò il diploma della promozione sua alla toga, frutto non tardo delle cure di lui. Ma Morgigni non si avanza strascinandosi a stento ver l'ottimo, ei vi vola; chè tosto mostrò d'esser fatto per rappresentare il governo, e concionare in pubblico, e dirigere ed instruire i magistrati minori; pregi di un procuratore del Re, i quali nel 1813 gli fecero conferire la procura regia presso il tribunal civile di Molise.

Quando poi nel dì 9 di giugno 1817 accadde la soppressione assoluta di tutti i tribunali, onde dar luogo al nuovo riordinamento giudiziale, egli venne nominato in Campobasso, come io lo era stato in Napoli, procuratore del Re presso la commessione temporaria, che fece per quaranta giorni in ogni provincia le veci di tutte le giurisdizioni così civili che penali: carica, in cui non so se maggiore fu la fiducia del governo in conferirla, o la moltiplicità e la difficoltà del travaglio in esercitarla. Riaperto nel 21 di luglio il corso ordinario de' giudizii, ei si trovò promosso alla gran-corte criminale con missione di procuratore del Re presso lo stesso tribunal civile di Molise.

In questo mezzo ei pubblicava l'*Analisi del Regolamento de' conciliatori*, magistratura nuova, che forma come il basamento della nuova piramide giudiziaria. Quest'opera, nella quale la più profonda filosofia del dritto prende forme sì semplici ed ingenue, mostra ad ognun che sa, che chi così la fece, la fece con arte apposita onde meglio giovare la classe per l'appunto de' conciliatori, non giureconsulti di professione; ma ben da ogni pagina traspare la più ricca vena della scienza.

12. Ben possono venirne accusati gli autori, e senza scusa, tranne quella che siam uomini, e vizii vi avran fin che uomini, benchè nè continui, e dall' intervenzione de'migliori sieno contrappesati 1). E certo non sarebbe delle instituzioni, ma dell'uomo, il difetto d'ordine, per cui si rischia di andare sbalestratamente o a rilento; dell'uomo, la troppo timorata perplessità che trova ad ogni ombra un pericolo, ad ogni variar di sembianza un caso affatto nuovo, ad ogni contrarietà di pareri un nodo non solubile che per l'intervento dello stesso legislatore 2); dell'uomo, il velo onde si ammanta la tardità dell' ingegno, atteggiando a dignità un silenzio eternamente gelido, che può dirsi veramente *d' ogni luce muto*; dell'uomo, l'imbarazzo tra le costumanze napolitane e le siciliane, tra le vecchie norme e le nuove, che nelle menti senza principii, *confonde le due leggi a sè mal note;* dell' uomo in fine quella petulante affettazione di far tutto senza far nulla, gesticolando, anelando, trafelando, e perdendo in una e la tranquillità dell' ozio, sì per certuni beata, e la compostezza e la autorità della toga 3). Ma di tai difetti, non più de'tempi nostri, ampio ne dà il compenso quella schiera bennata, ch' educata qui, come in Sicilia, a ben fare, operando e meditando si purga de' pregiudizii delle età varie della vita civile, e del municipio. Spontanea è sempre in questa la celerità, e quasi non avvertita, perchè sempre la ripetizion costante e frequente degli atti convenienti alla natura delle cose, converte in facilità spedita, ogni opera, ogni studio, ogni umana attitudine 4). L'uso per lungo tempo unifor-

Nel 1819 si rendeva comune alla Sicilia il nostro codice ed il nostro ordinamento giudiziario; ed in luglio di quell'anno venia Morgigni prescelto all'esercizio del pubblico ministero, al civile che criminale, in Trapani. Chi può numerar quivi gli accidenti straordinarii per contese giurisdizionali, per contrarietà tra le leggi antiche e le nuove, per fuga improvvisa di turbe di condannati da' luoghi di pena, che l'obbligarono a provvedimenti energici insieme e prudenti, e non pertanto istantanei? Chi le commessioni delicatissime, direttamente affidategli dall' allora luogotenente generale, e poi Re, Francesco I? La sua ingenita e più che sicula prontezza ed alacrità in concepire ed afferrare in un attimo i rapporti più lontani degli avvenimenti e delle cose, la celerità e fermezza in eseguire, la venusta facilità in esprimersi, l' urbana cortesia in conversare e raddolcire co' modi la severità dell' ufizio, gli rendettero in terra non sua benevole anche le menti men propense alle novità introdotte.

Tornato da sì onorata missione, ei fu in settembre del 1820 innalzato a procuratore del Re presso la gran-corte criminale in Lucera, e poco stante in Cosenza. Qui fu che per accidenti troppo noti, ottenne la facoltà di tornare alla sua prima profession giovanile: esperimento assai periglioso e crogiuolo vero della virtù e della pubblica opinione di chi fu magistrato; tanto più ch'ei scelse per teatro della sua avvocheria Cosenza stessa, sede ultima della sua magistratura in tempi oltre ogni dire difficili. Ma nella patria generosa di Telesio, la memoria di aver egli con alta integrità e senza macchia sostenuta la carica, gli aggiunse nelle difese della numerosa clientela che tosto affollogli intorno, grande augumento di credito, ed autorità più solenne.

Nella state sogliono i nobili Cosentini passare ad aure più fresche e salubri ne' villaggi vicini; e Morgigni con essi. Al tornare in città per aringare una causa, gli sopravvenne il caso miserando da noi sopra discorso. Così egli perì di soli quaranta anni; perchè nato in Gravina nel 1782. È vano il ragionare de' suoi studii puerili. Solo è degno di nota, che l'avvocato Vincenzo suo padre, vista l'indole felice del fanciullo, lo affidò al suo illustre congiunto, arciprete nella cattedrale di Molfetta, D. Giuseppe-Maria Giovine, uno degl' ingegni più elevati e più vasti, che abbiano mai vantato le Puglie. E Giovine ne vigilò l'educazione, regolando la sua instruzione nelle lingue classiche e nella bella letteratura; Giovine gli fu ei stesso maestro nelle matematiche e nella filosofia; Giovine con le sue lettere gli era di là direttore in Napoli nel perfezionamento di questi studii, e ne' successivi. Qual maraviglia se sì ben nato e ben instituito intelletto, fosse divenuto in sì fresca età quell'avvocato e quel magistrato, che meritava morendo l' elogio il più universale e il più vero, qual'è il pubblico compianto? *Multis ille bonis flebilis occidit; nulli flebilior quam mihi.*

1) Tac. Hist. IV, 74.

2) Nec Deus intersit, nisi dignus vindice nodus.
Hor. De arte, 191.

3) Quindi dicea Cicerone: *Cavendum est ne in festinationibus suscipiamus nimias celeritates, quae cum fiunt, anhelitus moventur, vultus mutantur, ora torquentur, ex quibus magna significatio fit, non adesse constantiam.* Cic. de off. i, cap. 36, n. 131. Lo stesso Cicerone nel suo proemio a' dialoghi *De re publica* si scagliava contro i nuovi filosofi, i quali preferivan sì l' ozio al servizio pubblico, che Catone, *ut isti putant*, *erat demens*, *cui certe licuit Tusculi se in otio delectari*, *atque in illa tranquillitate iucundissime vivere*, *et cum cogeret eum necessitas nulla*, *in his undis et tempestatibus ad summam senectutem maluit iactari.*

4) Facultas, *dicta quasi facultas*, *unde posita facilitas*, *quasi ait expedita*, *seu exprompta faciendi solertia. Igitur facultas est facilitas*, *qua virtus in actum deducitur.* Vico de ant. it sap. c. VII.

me nello estimare i fatti e giudicarne, riduce nel fòro ogni serie più complicata d'investigazione e di ragionamenti a corollarii, e questi a definizioni, ad assiomi, a massime e regole semplicissime. Toglicte la uniformità di giudicare, e tutto ridiviene intralciato, tutto difficoltà e scetticismo.

13. La natura poi delle cause presenta talvolta inciampi gravissimi; ma questi parziali, ed in poche; e queste poche, se son distribuite in mezzo alle altre con metodo, e fatte o disfatte a tempo, non pregiudicano mai alla generalità del lavoro. Il Vantaggio di possedere unita in un sol codice tutta la legislazione, sta principalmente nella facilità che a ciascuno ella porge di conoscerne presto quei pochi, ma luminosi principii, a'quali tutte si riferiscono le parti, formanti insieme, benchè spesso in sembianza contrarie, l'armonia stessa che offre per le dissonanze la musica, purchè anche queste concorrano all'accordo totale 1). Abituata la mente a contemplare la legge in tal modo, le divien facilissimo nelle controversie particolari, subbietto vario e moltiforme dei giudizii, il discioglierle delle loro apparenze, e riducendole alle ipotesi degli articoli del codice, riportarle con essi a'principii. e con la scorta di questi prontamente deciderle.

14. Il che non arduo per chiunque non è minore della carica, divenuta più agevole in corte suprema, ove niuna influenza ha l'interesse delle parti, e non siamo or qua, or là trasportati da quella infinita varietà di accidenti e di fatti, onde sono agitati i giudici del merito. Qui veramente la costanza, e nelle stesse controversie l'uniformità delle massime, basta alla celerità. Con queste arti la camera criminale, ove la materia si presta a farci più sensibilmente riconoscere le somiglianze e le discordanze, ha potuto in qualche anno decidere fino a 4500 cause. Nè può dirsene alcuna decisa con leggerezza: chè io in pruova ho creduto mio dovere di pubblicarne i documenti 2), dai quali si rileva, che non copiando in fretta, o agendo a caso e come spinti dal torrente di tante cause, ma traendo tutto con maturità e ponderazione dalle sorgenti pure delle leggi romane e del diritto universale, e dalla sicula e napolitana antica giurisprudenza, Voi avete dato quell'impulso alle gran-corti criminali onde superare con la costanza de'principii tante difficoltà, che la oscillazione di essi alla celerità opponeva 3). E già noi stessi ne cogliamo il frutto; perchè svanito così l'avanzo degli anni precedenti, nel trascorso anno non abbiamo avuto materia che per 1570 arresti 4): numero, a dir vero, non lieve; ma che non lascia al nuovo anno, che appena materia al lavoro di gennaio.

15. E nelle cause civili, non è stata forse la stessa luce e conoscenza de'principii, che ha permesso la divisione della camera in due? Nel che duplice era la difficoltà; pericolo di difformità in due collegi, e numero insufficiente di consiglie-

1) Cic. *De re publica*, II, 41: paragone che prima della scoverta dell'Eminentissimo Mai, ci era stato conservato da S. Agostino, da cui lo imitò Montesquieu, *Grandeur et décadence des Romains*, chap. XI. — V. Villemain a questo luogo di Cicerone, si nobilmente esposto e tradotto da lui.

2) Nelle pubblicazioni finora fatte delle *Quistioni di dritto*.

3) È un fatto costante, che rispettata l'autorità della corte suprema per la uniformità dello sue massime bene in pria ponderate, le gran-corti criminali delle quali è men frequente l'annullamento delle decisioni, sono le più celeri nella spedizione delle cause. Non è più raro l'esempio di cause gravissime decise con la più solenne esattezza e religione prima del mese dal dì del misfatto. Per non rammentarne che quelle che ci si son presentato negli ultimi scorsi mesi, un omicidio premeditato fu giudicato con condanna capitale in Chieti nel XXVII giorno da che era stato commesso; ed un omicidio volontario in Lecce, un altro in Lucera in XX giorni. Nel solo giro dello scorso anno Avellino ha adempito a circa 300 discussioni pubbliche; Napoli e Santa-Maria con due camere ad un numero più che doppio: la stessa attività in quasi tutte le altre gran-corti del regno: tal che gli accusati rimasti non giudicati alla fine dell'anno, sono già per tutto di un numero assai lieve. Risposta di fatto a chi ama accusare le instituzioni, e non i vizii degli uomini, del ritardo, o inesattezza a decider gli affari, e che a coprire il proprio difetto con l'insufficienza delle leggi, lo calunnia, e vorrebbe rimedii straordinarii ogni giorno.

4) Cause di morte	34
di ergastolo	3
di altre pene criminali . . .	323
correzionali	1185
conflitti o competenze. . . .	25
	1570

ri. Alla prima si è ovviato colla divisione delle materie, onde i casi simili venissero sempre sottoposti a' consiglieri medesimi: la seconda è stata superata dall'amor del travaglio nell'adempimento de'cenni del Re Nostro Signore: tanto zelo, tanta alacrità si è spiegata da voi nel trasportarvi all'uopo di camera in camera. Così è avvenuto, che raddoppiato il collegio, non doppio solo a paragone degli altri anni, ma presso che quadruplo n'è risultato il lavoro.

16. E poichè il nostro regolamento in prescrivere questi discorsi annui, vuole che quasi a personificarvi le virtù che si raccomandano, si faccia menzione onorevole di coloro che *distinti nell'ordine giudiziario per sapere, per talenti, e per utili travagli*, han ceduto al comun fato nell'anno precedente, mal risponderei ai movimenti più intimi del cuore, se qui tacessi inonorato Antonino Tortora 1), e soffrissi sepolte in invidioso obblio tante sue virtù e fatiche. Egli alla vita pubbli-

1) Nel dì 29 di dicembre dello scorso anno, per cura degli uficiali del ministero di grazia e giustizia, si celebrarono le virtù del defunto Tortora dai più cospicui cultori delle Muse che vanti questa capitale, in un'accademia, la quale fu aperta da me con le seguenti parole:

Mortem omnibus natura aequalem, oblivione apud posteros vel gloria distingui.— Tac. Hist. I, 21.

Non per adulare eredi potenti, nè per celebrare in chi muore fastosi titoli od immagini vane, noi qui ci siamo in questo dì riuniti. Antonino Tortora, di cui sì cara e dolorosa insieme ci è la memoria, non fu ricco di quei doni di fortuna, ne'quali il volgo abbagliato stupisce. La fama dunque di lui non può esser quella, che temeraria e incostante travolge nome e sembianza a' vizii ed alle colpe; che falsifica la forma dell'onesto, e lodatrice importuna la sua bellezza corrompe; che rumor popolare, e non altro, si rende muta allo spegnersi della face, compagna ultima dell'estinto alla tomba. La gloria dell'amico di cui piangiamo la perdita, eccо fra i buoni d'una virtù tutta sua, vive e vivrà perpetua, qual voce unanime *de' magnanimi pochi a chi 'l ben piace*, estimatori incorrotti del valor vero, qualunque sia il grado e il titolo di chi n'è caldo ed ornato.

Non è già che nell'ordine civile io reputi basso o mal proprio a spiriti elevati, il grado ch'ei tenne di capo di ripartimento d'un ministero di stato. Dico solo, che chi vi è collocato, dovendo non agir solo nè provvedere da sè, ma raccogliere e preparare i materiali, necessarii agli organi immediati della potestà sovrana per proporre leggi e governare lo stato, poco ha dall'uficio, onde ferire gli occhi del volgo e rapirne i suffragi. Ma chi non è volgo, ben sa che quanti risplendono alcun poco per opere di ingegno, come che senza carica propriamente detta, se intendono esser utili alla patria, non possono far altro che preparar materiali a chi la governa. Questo è il vasto deposito da cui l'uomo di stato trae le conoscenze de' bisogni pubblici, e de' mezzi onde soddisfarli, tal che lo storico, il filosofo, il giureconsulto, e quant'altri ammiransi egregi nelle arti della pace o della guerra, anche nella solitudine de' loro gabinetti, anche loro malgrado, son tutti naturalmente uficiali de' ministeri di stato Se non che ciò che in costoro mal dicesi volontario (chè debbe ogni uomo nato nella società volger sempre tutte le forze all'utile di lei) diventa non sol dovere, ma condizione essenziale di carica in un capo di ripartimento.

E questo dovere è lo spirito il quale investe e alimenta tutti i suoi studii, tutti gli affetti, tutta la vita; dovere che poi diventa in lui triplice, non perchè divisibile, o indifferente che sia staccatamente esercitato, ma perchè animato da tre rispetti ugualmente necessarii, conspiranti tutti ad un fine. E però in prima delle cose onorato, opera di tanti ingegni, ei dee fare ricerca accurata, e coglierne il più bel fiore, e far sua la sapienza che sparsa si diffonde da molti; il che richiede tempra di mente assai celere e vasta, ed applicazione indefessa. Dee quindi giudicare i loro pensamenti in quanto valgan per l'uso, onde discioglierli da ogni vana utopia, delirio d'una bontà solitaria; il che richiede conoscenza estesissima delle cose, più estesa degli uomini. Debbe infine presentar tante idee, ma a proposito e con semplicità, a chi elevato al centro d'azione di tutto il corpo civile, può ei solo nel consiglio del Re discuterne le convenienze e riceverne la decisione; il che richiede destrità e prontezza di agire a tempo ed a luogo, fondamento dell'arte di stato. Fu detto già che degli scienziati è l'illuminare un popolo, delle anime forti il governarlo. Un capo di ripartimento è in mezzo agli uni ed alle altre: necessità di svolgere i principii, la di cui azione renda facili e concordi tutti i movimenti governativi; ed esperienza acquistata dalla varietà degli eventi, perchè le passioni e gli errori non isconcertino l'esecuzione de' migliori progetti, o qualche granello mal negletto di sabbia non arresti il giro d'una ruota politica. Nè per giungere a tanto egli ha, come noi, il circolo, il fôro, la cattedra, ove libero d'ogni legame, tranne quello della verità e dell'onesto, possa rettificare e fecondare l'ingegno; nè suo può dire un provvedimento prudente, una risposta acuta, un'azione magnanima. Necessario fra gli organi primi dell'ordine civile, e vicinissimo a quelli che ricevono dal Re direttamente la forza, egli opera per vie per lo più occulte alla moltitudine che vede sì poco. Nè queste vie gli si aprono seminate di fiori. Quella facilità di lusinghe, che altrove non è che urbanità o debolezza, può diventare in quella carica non pur viltà, ma perfidia: quel presumer di sè e vantar senno e potere, che altrove non è che vanità puerile o iattanza, può quivi turbare la direzion tranquilla delle menti, ed eccitarle ad esigenze colpevoli: la stessa loquacità, che altrove non è

ca uscì dagli ufizii della corte suprema: qui l'ebbi alunno, ventotto anni fa, pochi mesi dopo ch'io era stato chiamato all'attuale mia carica: la dignità e gli ufizii della corte suprema furono il subbietto delle prime sue opere. Capo di ripartimento nel ministero di grazia e giustizia, e pieno sempre di rispetto per un collegio cui aveva consecrato gli esperimenti suoi primi, *ei compiè sua giornata*

che impeto mal temperato o inconsiderazione, può quivi degenerare in prevaricazione e spergiuro. Di quante difficoltà è aspro, in che periglioso cerchio è angustato l'ufizio di un capo di ripartimento!

E pure il nostro Antonino tutti questi scogli schivò, tutti serbò quei confini; anzi il rigor di doveri ch'esigono a sì alto grado e forza d'animo e annegazione di sè, perdette in lui quanto ha di irto e spiacevole: sì egli era fatto più che addottrinato alla prudenza, e sì gli era abituale la temperanza degli affetti e della lingua. Pensare, parlare ed agire convenientemente al suo stato, non solo era in lui calcolo di ben coltivata ragione, ma pendio insieme e soddisfazione del cuore. Qual maraviglia se virtù più naturali e più facili, la pietà, la generosità, la fede, in lui divenner costume? Benefico all'uopo, ma senza aspettar priego; facile e cortese, ma senza mai prostrare la sua dignità; aperto nelle conferenze, candido ne' consigli, ma senza alzar mai il velo agli arcani della carica. E qual carica odiosa sarebbe mai quella, ove non potessero stare insieme la sincerità ed il segreto? Nè a Tortora eran mestieri interiezioni ingannevoli, o ambiguità di gesti e parole, e mobilità artefatta di fronte, d'occhi, di labbra: la riserva in lui era ingenua, come il suo cuore: non contorsioni, nè affettazioni, nè ambagi: tutto forza d'animo, non bassezza di dissimulazione. Tal che o parlando, o tacendo, la sua dolce e ben armonizzata sembianza, se inspirava fiducia, sforzava gl'indiscreti al rispetto: tanto ella ritraeva al vivo la serenità imperturbata d'un'anima benevola, ma tenace del proposito, ma incapace di dettar dentro, o di significare al di fuori, altro sentimento che del dovere o del retto.

Le quali virtù, quasi ingenite in lui, erano state fin da' primi anni suoi, di dì in dì rinforzate da diligente educazione. Tutta la sua vita parve diretta dalla Provvidenza per farne un tipo, un modello della carica cui ella il chiamava. Ei vide la prima luce nella patria di Torquato, e sembra averne con le prime aure bevuta in gran parte l'indole grave e generosa, senza quel fuoco di passioni infrenabili, che fecero del più grand'epico un illustre infelice: religioso quanto egli era, nemico dello brillanti frivolezze, acuto intelletto, assidua applicazione particolarmente su' classici: se non che più docile, e figlio di magistrato coltissimo, ricevette di buon'ora, misti alla letteratura ed alla filosofia, i semi più fecondi della scienza legale, applicata però all'uso ed alla vita civile. E già fra i suoi eguali non era secondo ad alcuno, quando nel 1812 (vent'anni appena ei contava) il ministero pubblico presso la corte suprema, del quale io avea l'onore di far parte, propose ed ottenne dal governo l'instituzione d'un alunnato di giurisprudenza pratica, scuola unica e vera di perfezionamento nella estimazione de' dritti altrui, e nell'arte di bilanciar fra di loro e ritirare verso i principii gli accidenti sì svariati e moltiplici degli interessi particolari. Fra quei primi alunni, ch'hanno poi non men che i loro successori, illustrato tanto e l'avvocheria e la toga, *del bel numer* uno fu Tortora. E parmi ancora di udire il suono modesto della insinuante sua voce, stringere in brevi accenti lo più difficili e complicate controversie: rimane ancora presso di me qualche scritto di lui, semplice di stile, quanto spiccato per nerbo, e spirante odore dell'antica italica sapienza: nè ancor m'esce di mente, come nella consnra degli atti giudiziarii e de' giudici, ammesso egli ne' penetrali più intimi del nostro ufizio, mostrò, mirabile in quella età, spirito di riflessione, quanto minuto nei particolari, tanto pronto ad ordinarli, e franco in rannodarli a cause generali; donde quella non timida maturità di consiglio, che non con la lentezza rende i casi dubbii più incerti, ma con la benignità li disnoda; virtù rarissima ne' giovani, più rara ne' vecchi, ov'essi sien tali, che sol paghi di sè, nè mai trovando termini di comparazione con sè stessi, crescono di stranezza e di pervicacia cogli anni, nè maturano mai.

Di quali speranze adunque non dovea darci presagio un giovine sì egregio? E prima di noi ne avea pur fatto esperimento quell'ingegno acre, gloria della corte suprema e della università degli studii, il di cui giudizio fu sempre sì lucido, ed il tatto morale sì squisito e sicuro, Felice Parrilli, procuratore generale allora presso la commession suprema de' titoli di nobiltà e de' maggiorati. Questi, già suo precettore, lo aveva in quella commession chiamato alla carica di segretario, ufizio in cui la ragion de' tempi richiedeva un uomo il quale, profondato molto addentro nella storia del medio-evo e nel dritto pubblico di Europa, sapesse ben vedere in che i principii antichi feudali fossero stati dalle nuove leggi troncati, in che ridotti e trasfusi nella nobiltà nuova e ne' nuovi maggiorati. Ed uomo sì fatto ei rinvenne in quel giovine: il quale in tanta e sì gran mole di affari, alunno in corte suprema, e segretario nel tempo stesso di tanto maestro, acquistò ben presto, e per la vastità delle conoscenze, e per la sua riflessiva riserva, e per la facilità di proporre mezzi proprii al bisogno, attitudine maravigliosa all'ufizio nel quale ei morì. Ah! perchè non posso accompagnare con le mie parole l'amoroso discepolo almeno insino agli onori del suo grande institutore? Debbo invece rinnovare il dolor mio, rammentando il mio collega Parrilli, spirante fra le braccia sue, e io mie: fato immaturo, che assai più immaturamente, e dello stesso genere di morbo, colpì poi lui medesimo!

Intanto nel 1813 egli era nominato uditore al consiglio di stato; e dietro incarichi assai scabri, ufiziale di carico nel ministero di grazia e giustizia; e poscia segretario d'una commessione, instituita nel ministero medesimo per l'esaminamento dei

innanzi sera; ma non perirà giammai la memoria di quella che singolare fu in lui, prudenza, rettitudine, costanza:

animus
Rerumque prudens, et secundis
Temporibus dubiisque rectus.

Splendida così di tutte le virtù dalle quali deriva la celerità più composta negli affari, la ricordazione di lui chiude l'enumerazione, che in voi specchiandomi ho fatto di esse, come al mio dire dà fine.

—

II.

DELL' UTILE INTERDETTO SALVIANO

NEL REGNO DELLE DUE SICILIE

DOPO LA PUBBLICAZIONE DEL CODICE

SOMMARIO

punti i più importanti delle cinque parti del nostro codice. Nè le sue brevi ore di riposo eran perdute pel pubblico. Diligente in seguire il corso ultimo sì pieno delle scienze morali in Europa, imitava l'Africano, di cui già fu detto, non esser mai stato ozioso meno, che quando era ozioso, nè mai men solo, che quando era solo. L'ozio e la solitudine, cagioni agli altri d' infingardaggine e di languore, fortificavano lui, e gli aguzzavano l' intelletto, e gli fornivano il tempo in cui comporre opere, atte a rendero agevole ed uniforme l' applicazione delle leggi, e dar materia a' giureconsulti di meditarne i miglioramenti. Così abbiamo di lui il libro eruditissimo, *Della dignità della corte suprema*, le *Illustrazioni degli atti dello stato civile*, il *Manuale de' Notai*, e la versione del *Troplong*, con osservazioni sì giudiziose e feconde, che nella materia *de' privilegi e delle ipoteche*, tormento dei pubblicisti e de' compositori di leggi, le note di lui porgono un filo utilissimo onde uscire utilmente da sì intrigato laberinto. Fin dalla pubblicazione delle prime sue opere, molte accademie nostre e straniere si affrettarono a chiamarlo nel loro seno; ed intanto ei veniva innalzato a presedere in quel ministero al ripartimento degli affari civili. E pure allora gli mancavano ancor due anni onde pervenire a quel punto di età, che fu detto il *mezzo del cammin di nostra vita*. Detto per lui troppo fallace! Dell'arco che volge verso l'occaso ei non percorse che il terzo.

E già pria che questo così troncato gli fosse, angosce domestiche, assai più crude della morte, avevano spento in lui il sorriso della vita. Padre infelice! Un figlio lungamente desiderato il Cielo gli diede; e tosto gliel ritolse. Una e poi un' altra angioletta, fiori di leggiadria e di grazie, sorsero a confortarlo, ed entrambe seguiron tosto il fratello. Fu scritto che Catone, il severo Catone, ben molto rimise della sua austera impassibilità alla morte del figliuolo. In che fondo dunque dovette cadere un'anima, come quella d'Antonino, all'assallo non d'una sventura di tal fatta, ma di tre? Le quali d'indi in poi gli cospersero di pallor letale le guance, annunzio funesto del vicino suo fine. Vero è che per nulla debilitarono il vigor del suo spirito: profondamente rassegnato a' decreti della Provvidenza, ei ne diede l' esempio, che qualunque caso avvegna all' uom forte, non perdona mai intermissione alcuna dall'officio. In lui però, naturalmente pensoso e poco loquace, tutte le virtù presero allora una tinta più melanconica; melanconia non lamentosa e irritabile, come quella del suo gran concittadino; dolce sì e pacata, come la sede ove contemplava traslocata la prole. E le pari ad età sì tenera con amorosa sollecitudine ei ricercava, e solo suo conforto traeva dall' alleviar la sorte de' fanciulli, orbati di genitori nella furia spaventosa del murbo asiatico. Ed in sì operosa soavità di cure benefiche, chi può più darmi i colori, onde ritrarre la sua pietà verso la madre, la tenerezza verso la consorte, la liberalità verso le sorelle, la paterna carità col fratello, la fiducia negli amici, la indulgenza co' dipendenti, la benevolenza ver tutti? Virtù sue antiche ed abituali, rendute allora più care per quell'incanto inesprimibile di purità e passione, ond'eran frammiste.

Ei nacque nel 1792; nscì de' vincoli terreni, ricongiungendosi a quanto avea di più caro, nel dì 18 di agosto del 1839. Il lutto degli amici, il pianto de' suoi colleghi, il dolore e il desiderio degli uomini di lettere e dabbene, ne accompagnarono la spoglia mortale; argomenti non dubbii di gloria non peritura. Eccovi una vita incorrotta, calda di virtù domestiche, delle quali fo vittima, e non per tanto inteota sempre all'adempimento de'doveri di uom pubblico, ed all'utile universale, oggetto unico delle core indefesse del Re Signor Nostro. Ho adempito al doloroso ufizio d'indicarvene i punti più luminosi. Vostro è il celebrarla col linguaggio sacro delle Muse, e renderla immortale.

CAP. I.

INTRODUZIONE.

Oggetto e divisione di questo trattato.

Un diritto ipotecario, acquistato presso di noi sotto le leggi anteriori a'nuovi codici, potrà oggi venir esercitato anche per via dell' *utile-interdetto-salviano?* Questa è la quistione che ci proponiamo a risolvere 1).

2. Ella, per dir vero, non è di grande importanza ne'reali dominii di qua del Faro, ove un tale *interdetto* , innanzi alla prima epoca delle nuove leggi, era piuttosto un elemento del giudizio di *assistenza*, che una particolare azione. Ma nella Sicilia, dal secolo decimosesto in poi, esso è stato un mezzo sì comune per la giudiziaria soddisfazione dei *debiti ipotecarii* 2), che cangiate pur quivi le leggi, vi sorgono anch' oggi dotti sostenitori di esso e campioni. È già vi si vanta qualche decisione che le loro imprese seconda 3). Non può forse temersi che l'autorità di giudizii e d' uomini sì gravi, varcato il breve mare che ne divide, non tenti richiamarlo anche qui dalla tomba?

3. Abbiamo sotto gli occhi un trattato del chiariss. Foderà sull'oggetto 4). Propugnator caldissimo dell' *utile-salviano* , egli sembra investito di sì profonda persuasione del suo soggetto, ch'è ben difficile il non piegare a'primi suoi scontri. Ma non appena che con la guida della legge si sottopongono i suoi ragionamenti all'analisi, cresce forse l'ammirazione per chi , già chiaro per altre letterarie fatiche 5) , ha saputo dare ad un sì arduo

1) Tal quistione formò l'oggetto di una causa del *Duca di Sperlinga*, uno de'più cospicui e più colti ex-baroni della Sicilia. La causa si agitava innanzi alla corte suprema di Palermo lo che allora (1827) avea l'onore di essere in Napoli l'avvocato di lui, scrissi o pubblicai questa memoria , ondo dire anch' io su di ciò qualche cosa , e più per non mostrarmi qui inerte in una controversia , gravissima ne' suoi effetti per l'illustre cliente , che per bisogno che colà ne avesse la difesa, la quale vi era raccomandata a' primi ingegni del fòro.

2) Barbacalli, sing. 98, n. 9.

3) Tale fu la decisione della gran-corte civile di Palermo del 19 gennaio 1827, la quale per ritardo non volontario di pagamento delle convenienze nuziali e degli alimenti verso la signora *duchessa di Sperlingo* , accordò a lei l' *utile-salviano* sopra i beni del *duco* suo marito. Ella n'era stata già messa in possesso. Contro questa decisione pendeva il ricorso per annullamento, il quale veniva sostenuto con la presente memoria.

4) *Dello sperimento dell'utile-interdetto-salviano sotto l'impero delle nuove leggi*, Palermo 1821, nella tipografia di *Filippo Solli*. Questa è l' opera che pubblicata, non per la causa, ma sulla quistione in generale , ha nel presente lavoro richiamata principalmente la nostra attenzione.

5) Filippo Foderà, nome assai glorioso nel fòro siciliano, la di cui onorevole amicizia ci fu prezzo di questo nostro trattato , compiè la sua carriera nel 1837, vittima del morbo asiatico, scoppiato con tanta furia in Palermo. Quanti uomini egregi vi

assunto sembianza di vero; ma falsificato ne rimane il parere, e l'*interdetto* rientra fra le antichità erudite del nostro diritto 1).

4. A due punti ei riduce la difesa dell' *utile-salviano*. Il primo è più generale e più ardito: ei vorrebbe farlo sussistere anche adesso, come *materia* la quale non ha formato oggetto delle disposizioni delle leggi nuove: sostiene dunque ch' ei non è caduto alla caduta ed abolizione delle vecchie leggi. Nel secondo egli assume, ch'ove un sì lungo e sì vasto impero non voglia accordarglisi, non gli si debba almeno disdire di assister coloro che avessero al suo soccorso sotto le leggi antiche acquistato alcun dritto.

5. Noi seguiremo le sue idee, ma non seguiremo il suo ordine. Egli comincia dalla storia: noi definiremo prima il nome. — Che mai si è inteso per *utile-interdetto-salviano*? In quali casi e perchè esso è stato conceduto o negato, oppure ad altre azioni riunito? Questa discussione ci svelerà la sua natura, e l' estensione della sua forza: *vim ac potestatem* 2). Allora sarà facile il riconoscerlo ovunque esso sia, e seguirlo nel dritto romano e nel patrio, e svolgere le forme sotto le quali vi si è introdotto e sostenuto, e distinguerne le varie epoche, e disegnare quali modificazioni abbia ricevute dal tempo, e se siagli stato chiuso l' adito onde penetrare fra le nuove leggi, oppure se vi regni ancora sotto altra divisa e con meno arcana e disusata denominazione. Un metodo diverso potrebbe forse pregiudicare alla chiarezza necessaria per fissare e seguire i termini della quistione.

6. In *quattro parti* dunque divideremo il nostro lavoro. — Con la *prima* investigheremo i caratteri essenziali dell' *utile-salviano*. — Con la *seconda* ne scorreremo la storia, meno però ne' campi archeologici, che in quelli della giurisprudenza, la quale sola, anche in mezzo a' suoi errori, può fissarne i confini e scuoprirne i punti di contatto con le altre azioni. — Con la *terza* e con la *quarta* combatteremo i due assunti principali che i difensori dell'*utile-salviano* sostengono (*sup.* § 4). — E tutto menerà a dimostrare che il *diritto* il quale era disegnato con la frase *utile-interdetto-salviano*, fu, ed è, e non può esser mai altro che lo stesso: è un bisogno civile di tutti i popoli e di tutti i tempi. Ma non è più stagione di usarne il *nome* 3), nè usare la maggior parte degli antichi suoi modi. La sua voce e le particolarità delle forme sono cangiate; e la nostra quistione (*sup.* § 1) si scuoprirà essere più quistione di *vocaboli*, che di *cosa*.

CAP. II.

Prima parte.

Definizione e natura dell' utile-salviano.

7. *L'utile-salviano* era il mezzo giudiziale col quale il *creditore ipotecario* conseguiva il *quasi-possesso del pegno*, e ne percepiva i frutti, *a fine* di soddisfarsi del credito con questo percepimento 4). Il *dritto* dunque dal quale derivava l'*utile-salviano* era l'ipoteca; niun altro fuor che il *creditore ipotecario*, poteva insti-

periron con lui! E di lui, e di altri molti, fra i quali primeggia l'illustre Domenico Scinà, tessette gli elogi, e con somma cura li raccolse il coltissimo mio amico, barone V. Mortillaro, nobile esempio di patria carità e di amor delle lettere. Il Foderà non solo era stato innalzato a chiarissima lode dalle sue elucubratissime difese forensi ed altre opere legali, ma più da opere maggiori di filosofia e di diritto universale, fra le quali furono accolti con sommo favor pubblico i *Principii della legislazione criminale e della riforma de' codici criminali*, pubblicati in due volumi nel 1813 in Palermo, con quell' epigrafe tolta da Tacito, *clementiae simul ac severitatis non poeniteat* (Ann. III, 50), la quale dovrebb' essere la professione di fede di tutti gli scrittori di cose penali.

1) Ed era pur tempo, che chi s' identificava in esso, dicesse alfine come Deifobo (Virg. *Aen.* VI, 545):

Discedam; explebo numerum, reddarque tenebris.

2) In queste parole del giureconsulto Celso (L. 17, D. 1, 3, *De legibus*) il nostro G. B. Vico ritrova ciò che poi le scuole dissero *essentia*. *Vis*, *vis intima*, è tutto quello che constituisce la forza intrinseca della cosa; *posse*, *potestas*, è l'estensione e la portata della forza, quando ella passa all'atto.

3) . . . Verborum vetus interit aetas,
Et iuvenum ritu florent modo nata vigentque
Hor. *De arte*, v. 62.

4) *Utile salvianum est quod cuilibet creditori competit ad persequendam possessionem rerum sui debitoris, pignori obligatarum.* Cuiac. in cod lib. 8, til. 9, edit. neap. tom. IX, columna 1773. — Dimostreremo appresso perchè abbiamo tradotto *possessionem* in *quasi-possesso*. *Infra* § 10 e segg.

tuire l'*utile-salviano:* mancata l'*ipoteca*, mancava la facoltà di ottenerlo. Il rapporto tra l'*ipoteca*, e l'*utile-salviano*, è lo stesso che passa tra il *dritto*, ed il *mezzo* onde esercitare il dritto e ridurlo ad *effetto*.

8. Che anzi il *mezzo* principale del dritto ipotecario era l'*azione ipotecaria*, non altrimenti che il maggior *effetto* era la *vendita del pegno*, da farsi per l'istesso *fine* della soddisfazione del credito (*sup.* § *preced.*). La differenza tra l'azione *ipotecaria* e l'*utile-salviano* non stava nella differenza del *dritto* da cui entrambi provenivano, nè del *fine* cui tendevano entrambi, ma nella forza del *mezzo* e nella intensità dell'*effetto*.

9. L'*ipoteca* è un *dritto reale* (*ius in re*) che si costituisce su di una cosa, ad oggetto di soddisfare una obbligazione; e perciò dritto inerente a' beni, ancorchè passino in altre mani; dritto di sua natura indivisibile, che sussiste sopra tutta la cosa ipotecata, e sopra ciascuna parte di essa 1). Questo *dritto* però non comincia a ridursi ad *effetto*, se non quando si spiega l'*azione*. Tutti i frutti percepiti precedentemente sono di chi precedentemente ha posseduto in buona fede. Spiegata ch'è l'azione ipotecaria sul fondo, ella investe non solo gli *accessorii*, che vi trova in atto, come sarebbero i frutti tuttavia pendenti ed attaccati al fondo, ma anche il posteriore *successivo percepimento* di essi, e l'*amministrazione* stessa del fondo: e ciò non perchè il percepimento che si fa poi d'anno in anno dei frutti, e l'amministrazione sieno *dritti reali*, ma perchè sono il primo *effetto*, le *prime conseguenze* dell'esercizio di un *dritto reale*. Or quando l'*azione* si arrestava a queste prime conseguenze, prendeva il nome di *utile-salviano:* quando andava fino alle ultime, cioè alla spropriazione e vendita del fondo, riteneva o ripigliava il nome d'*ipotecaria*. L'*utile-salviano* non era che la stessa *azione ipotecaria* messa in movimento con una parte sola della sua forza, per esser contenuta a' primi suoi effetti.

10. Imperocchè l'*ipotecaria* è intesa ad esercitare il *dritto* di farsi rinfrancare del credito dal valore di tutto il fondo ipotecato, e ciò non solo da' frutti che si percepiscono dopo ch'ella si è spiegata, ma anche dalla vendita del fondo intero. Spiegata dunque l'*ipotecaria* in tutta la sua forza, ella investiva il pegno nella sua interezza, vi si profondava fino agli ultimi dritti del primo padrone, e tutto e irrevocabilmente gli toglieva il fondo di mano. Men viva poi coll'*utile salviano*, non giungeva che al percepimento de' frutti; e lasciando la proprietà salva a chi di dritto, trasferiva il solo *quasi-possesso* temporalmente al creditore, il quale lo riteneva con l'obbligo del conto, amministrando la cosa in nome del padrone. L'*utile-salviano* dunque era una derivazione, una maniera, una modificazione dell'*ipotecaria*, piuttosto che un'azione sussistente da sè, e sfolgorante di luce sua propria.

11. Che se l'*utile-salviano* potesse mai considerarsi isolato e indipendente dalla *ipotecaria*, esso altro non sarebbe che un'*azion personale:* poichè *amministrazione*, *percezione di frutti* e *quasi-possesso*, quando non sono attaccati al *ius in re*, non posson essere che *diritti personali*. Ma solo perchè si considera come *conseguenza* di un *dritto reale*, ad onta che fosse posto fra gl'*interdetti*, esce dalla lor natura 2); e ritenendo sempre il carattere della sua origine 3), diventa anch'esso *reale;* perseguita il possesso del pegno anche in mano a' terzi 4); nè abbisogna di stipulazione particolare: poichè o che l'*ipoteca* sia espressa, o che sia tacita, sempre, come un suo effetto, come una sua appendice, benchè non stipulato, la segue 5). Uno e solo era il *fine* del *quasi-salviano* e dell'*ipotecaria*; la soddisfazione del credito col mezzo del

1) Tot. tit. dig. XX, 1, *De pign. et hypotecis.*— Art. 2114 e segg. cod. civ. fr.—Art. 2000 e segg. ll. cc.

2) *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* L. 1, § 3, D. XLIII, 1, *De interdictis.* E perciò vedremo appresso che molti negano all'*utile-salviano* il nome d'*interdetto*.

3) L. 24, C. VIII, 14. *De pign. et hypotecis.*

4) L. 1, § 1, D. XLIII, 30, *De salviano.*—Negusantius, *De pign. et hypoth.* II, 4, n. 132 et 133, et VIII, I, n. 4.

5) Negusant. d. n. 132.

fondo (*sup.* § 7 ed 8). Uno e solo n'era il *principio*; il *ius in re*, constituito col *titolo ipotecario* 1).

12. Convien dunque guardarci dal credere, che l'*ipoteca* antica, constituita sopra di un fondo, partorisse due distinti *diritti nella cosa;* l'uno per la *proprietà*, l'altro pel *possesso* e *godimento dei frutti*. Perchè il possesso *di un fondo* reggesse da sè stesso come un *ius in re*, vi conveniva la *tradizione* in buona fede con animo di alienare, o altro tal modo onde si acquista il dominio 2); e questo possesso è sì lungi dal *pegno*, che Ulpiano non accorda al *creditore ipotecario* l'azione *in rem* per lo *possesso del fondo* 3), se non quando *res pignori sibi data, pro tradita est accepta* 4). Ed in questo caso tutto ciò che nella *revindicazione* sarebbe appartenuto all' attore, apparteneva ancora al vincitore del *possesso* 5); le accessioni cioè ed i frutti percepiti, non dal dì dell' azione, ma dal giorno in cui s'era acquistato il *dritto*.

13. Non così nell'*utile-salviano*. I *frutti* non si prendevano che dal dì dell' *azione*, e spesso della *sentenza*. Il vantare un *dritto reale* non portava già a *far dichiarare proprio il possesso*, e in conseguenza abusivo il percepimento de' frutti fatto fino allora dal detentore; ma a mettere momentaneamente sul fondo il creditore in luogo ed in nome del debitore. Non avrebbe potuto il debitore delegare i frutti in soddisfazione del debito, ed il creditore accettarli? Ed avendo costui il *dritto nella cosa intera* (*sup.* § 9), invece di ricevere quei frutti da lui, li prendeva egli stesso con la mano della giustizia per mezzo dell' *utile-salviano*. Ma ciò nasceva dallo stesso dritto ch' egli avrebbe avuto di distrarre il fondo tutto e pagarsi dal prezzo. Chi può il più, può il meno 6). È *reale* dunque l' *utile-salviano*, perchè è *reale* l' *azione ipotecaria*: o per dir meglio l'*azione ipotecaria* è sempre *reale*, sia che si spinga fino agli ultimi suoi effetti, sia che si arresti alle prime sue conseguenze (*sup.* § 9 e 10). Innanzi ch' ella si spieghi, null' altro ha il creditore, fuor che un *dritto condizionato* sul fondo. Spiegata ch' ella è; nulla egli acquista di proprio nel fondo: il debitore continua ad esserne il padrone; ma il costui dritto alla proprietà ed a' frutti è sospeso dal dì dell' azione, fino a tanto ch' egli paghi, oppure soddisfaccia il creditore o con quei frutti stessi, o col prezzo di parte del fondo, o col prezzo del fondo intero, se occorra; nel qual ultimo caso il padrone, venditor necessario, perde interamente il suo fondo, come lo perde ogni altro venditor volontario.

14. Non perchè dunque l'*ipoteca* è *ius in re*, per questa ragione è *dominio*; nè perchè l'*ipotecaria* è azione *in rem*, ella è *revindicazione*. L'*ipotecaria* è un'azione *in rem sui generis*, la quale non dà, nè dava altro dritto al creditore che di far vendere il fondo per soddisfarsi dal prezzo: quindi propriamente parlando era *actio distractionem* 7). Arrestata poi all' *utile salviano*, si contentava del *quasi-possesso* e *godimento temporaneo* de' frutti, rimanendo sempre il *vero possesso*, non che il *dominio* nel debitore 8): quindi *actio ad fruitionem* 9). Tanto però la *vendita* quanto il *godimento temporaneo* del fondo, erano sempre determinati e circoscritti dal *fine* comune: *soddisfazione del credito*; nè mai l' uno, nè l'altro, poteva andar oltre della soddisfazione del credito.

15. Le quali cose tutte con la più felice chiarezza vennero d l Pothier epilogate in una sola proposizione: l' *ipotecaria* e l' *utile-salviano* non distano tra di loro, se non quanto *le fond, et la provision* 10). L' *ipotecaria* fino ai suoi ul-

1) De Marinis, *resolutionum*, l, 77, annot. Rodoeri.

2) L. 1, § 1, D. VI, 2, *De publiciana in rem actione* — Pothier ad h. t. n. 12.

3) Ch'era appunto l'*azione pubbliciana*

4) L. 9, § 1, D. *De publiciana in rem actione.*

5) L. 7, § 8, eod.

6) *Non debet, cui plus licet, quo minus est non licere.* L. 21, *De reg. iuris.*

7) Merlinus, *De pignoribus et hypothecis*, lib. 5, tit. 2, quaest. 77, n. 11. — Che talvolta il fondo, o parte del fondo, si dia *in solutum* dietro un apprezzo, ciò non altera la natura della cosa: è sempre un modo di pagamento.

8) *Licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.* L. 3, § 7, D. XLI, 2, *De adquir. vel amitt. possessione.*

9) Merlinus, l. c.

10) In pandectas, XLIII, 33.

timi effetti, dà luogo alla definizione terminativa ed irretrattabile del merito della controversia; arrestata nell' *utile salviano* non dà luogo che ad una *provvisionale*, la quale può pregiudicare il merito, ma non lo definisce. E questa conversion di termini ritrae la lor comune origine e natura; questa ne disegna il *principio* ed il *fine*; questa dà ragione della diversità de' loro effetti, e può servirci di misura della loro diversa forza ed estensione.— Il che fia più chiaro, guardando le *forme* varie sotto le quali il Fòro ha fatto uso dell' *utile-salviano*. Egli è vero che tutto ciò si riduce a notare errori, e contraddizioni di massime, ed abusi di nomi. Ma questo stesso darà risalto a' buoni principii, e li scioglierà di ogni ombra, e gioverà a far conoscere e superare gli ostacoli per giungere al vero.

CAP. III.

Seconda parte.

Come nel Fòro si fosse fatto uso dell' utile-salviano.

16. Io non intendo qui di entrare fra le ricerche erudite dell'autore del *salviano*, o dell' *utile-salviano*. Forse Salvio Giuliano, famoso giureconsulto del secondo secolo della nostra èra, lo sgombrò delle *sottigliezze formolarie*, e gli diè figura e nome d' *interdetto* 1). Forse fu un Salvio più antico 2). Sappiamo solo che i Romani amarono denominare le leggi e le azioni più dal loro inventore che dal loro *principio* o dall'*oggetto*.—E l' *azione* stessa, che dal suo *principio motore* è ben chiamata *ipotecaria* (*sup.* § 9), ed *actio ad distractionem* dal suo *oggetto* (§ 14), non disser essi *utile serviana?* E bene: qual Servio ne fu l' inventore? Fu forse Servio Sulpizio, l'amico di Cicerone? Vane ricerche! Il *dritto* da cui derivano e l' *utile-salviano*, e l'*utile-serviana*, era esercitato assai prima di Salvio Giuliano 3), assai prima di Servio e di Cicerone: esso è antico quanto la proprietà, quanto il bisogno di una sicurtà per l'adempimento delle obbligazioni.

17. Cicerone stesso 4) raccomanda a *Termo*, propretore d'Asia, un suo cliente, *Cluvio* di Pozzuoli. *Hilotas* (gli dice) *hypothecas Cluvio dedit. Hae commissae sunt* 5). *Velim cures, ut aut* de hypothecis 6) decedat, *easque procuratoribus Cluvii, tradat, aut pecuniam solvat.* G. F. Cronovio ne insegna, che *de hypothecis decedere*, sia lo stesso che *rerum obligatarum potestatem creditori facere, ut* iis distractis *recipiat debitum.* Ecco dunque l'*utile-serviana*, azione *ad distractionem* onde esser soddisfatto dal prezzo (*sup.* § 14 e 16).—Oltre a ciò (soggiunge Cicerone) gli *Eracleoti* e i *Bargileti* si trovano con *Cluvio* nello stesso caso di *Ilota*, cioè con debiti ipotecarii maturati 7): *aut solvant, aut fructibus suis satisfaciant.* Ecco l' *utile-salviano;* azione *ad fruitionem*, onde essere soddisfatto dai frutti (*sup.* § 14). Che vale che non vi leggiamo i nomi? Vi troviamo la cosa, e ciò basta.

18. Certo è che le cose non vengono apprezzate che pel loro godimento, e dal frutto che se ne trae. Può ben essere che alcuno sia contento al solo uso presente, benchè temporaneo, di un fondo 8); ma amare una proprietà, senza dritto nè speranza di goderne, è follia. Sia che un dritto si goda sul fondo altrui, e si accordi per altrui sicurezza 9), sia che il padrone dia un fondo proprio e di suo pieno dominio, sempre l' uso e il godimento principalmente se ne mira. I Romani, i quali non furono mai teneri coi loro debitori, non aspettaron certo Salvio

1) Opinione di Cujacio, Menagio ed altri.

2) Bynkershoek, Observ. 1, 24.

3) Bynkershoek stesso nel luogo poc' anzi citato ne fa un'erudita dimostrazione.

4) Epist. ad fam. XIII, 56.

5) Cioè a dire, che per l'inadempimento del debitore si è verificata la condizione di potersi quei fondi distrarre onde soddisfare il creditore dal prezzo. Così *lex commissoria* era quella, per la quale nella compra-vendita l' inadempimento della soddisfazione del prezzo fa verificare la condizione onde il fondo ritorni in mano del venditore.

6) *Hypotheca* è qui *fondo ipotecato.*

7) *Qui item debent*, sono le parole dell' epistola.

8) *Ut fructus quoque pignori essent*, l. 1 § 1, D. XX, 1, *De pign. et hypothecis.*

9) *Superficies in alieno posita*, l. 15, D. XX, 4, *Qui potiores in pignore: usufructus*, l. 11, § 2, D. *De pign. et hypoth.*; *jura praediorum rusticorum*, d. l. 11 et l. 12 eod.; *pegno sul pegno*, l. 1, C. VIII, 24, *Si pignus pignori datum sit.*

Giuliano, che col suo editto perpetuo 1) lor venisse a rilevar questo dritto. La legislazione non poteva variare che nella forma di permetterne e garentirne l'esercizio.

19. In tre grandi epoche possiamo distinguere con Vico il corso delle civili instituzioni. Nella prima, presso uomini grossolani ed incapaci di astrazione, era confuso in una sola idea di *frutto* ciò che poi fu distinto in *dominio*, e *possesso*. Tutte allora le obbligazioni si assicurarono con la *mano vera*, che poi si ammise anche *finta*, e questa accertata nell' atto del negozio con le stipulazioni solenni. Allora la *compra* e *vendita* fu permutazione di cosa a cosa; le locazioni furono *censi* o *enfiteusi*; e consegnare *realmente* e *fisicamente* una cosa per sicurtà di un debito, fu *pegno*.—*Pignus a pugno; quia res quae pignori dantur, manu traduntur* 2).

20. Nel tempo di questa giurisprudenza entrava il creditore nel *possesso reale* della cosa obbligata, ed egli stesso l' amministrava e ne percepiva i frutti. Ciò, come ognun vede, non abbisognava di molte forme. Un documento ne rimane anche oggi nel *pegno* propriamente detto 3), e nell' *anticresi* 4).

21. Ma quando il *frutto* cominciò a distinguersi dalla *proprietà*, ed il *dominio* ad astrarsi dal *possesso*, in questa *seconda epoca* dovettero gli uomini cominciare a permettere che rimanesse nelle mani del loro debitore la cosa ad essi obbligata 5). Ma siccome non ancora si concepivano dritti senza alcun *segno fisico* che li mostrasse, così una colonna, una inscrizione, un segno inciso indicava al pubblico che la tal casa, che il tal fondo era in pegno di altri 6). E facili dovettero essere anche allora i giudizii ipotecarii: poichè il segno pubblico e permanente dell' altrui dritto sul fondo rendeva ogni altro accorto a non accettar ciecamente le obbligazioni di chi ne teneva altre; e ciò evitava il concorso.

22. In questo stato il *pegno* dell' immobile non fu che un dritto sul *fondo*; ma il sottoponimento a questo dritto riteneva ancora alcun che di materiale e di fisico. E perciò *pignus* divenne sinonimo di *suppositio*, *sottoponimento*; e tanto fu il dire *cosa pignorata*, quanto *res supposita* 7); e rapportando l'antica a questa nuova maniera di *pegno*, anche questa si credette, se non una *tradizione vera* ed un *vero possesso*, almeno una *tradizione ideale* ed un *possesso simbolico*.

23. Ma il *possesso* stesso e il *dominio* cominciarono ad aver molti gradi. Altro fu il *possesso*; altro il *quasi-possesso*; altro il *possedere*; altro l' *essere nel godimento* 8). Ed i *diritti nella cosa* non furon tutti di *dominio*: si distinsero *dritti di proprietà*, *dritti di possesso*, *dritti di servitù*, *dritti ipotecarii*, *dritti ereditarii* 9). Quante colonne, quante tabelle, e di quante specie, si avrebbero dovuto allora soprapporre ai fondi? E così un tale soprapponimento, fu prima abolito per le *ipoteche convenzionali* e riserbato al solo giudizio de'magistrati 10): quindi

1) L'anno XV dell'impero di Adriano; il CXXXII dell' èra volgare, l' DCCCLXXXV dalla fondazione di Roma.

2) L. 238 § 2, D. L. 16, *De verb. significatione.*

3) *Pignus est contractus quo quid creditori obligotur, tronstata possessione, ut in eo causo sit quod debitum exsolvatur.* Cui. in cod. IV, 24, edit. neap. tom. IX, columna 295. — Art. 1941 e 1943 ll. cc.

4) *Mutuus pignoris usus pro credito.* L. 11 § 1, D. XX, 1. *De pign. et hypoth.* — Art. 1942 ll. cc.

5) Abbiamo poco sopra definito con Cuiacio il *pegno* propriamente detto. Nell' istesso luogo egli definisce l' *ipoteca* propriamente detta: *hypotheco est etiam pignus, sed eius possessio non transit in creditorem.*

6) Cuiacio (*Observ.* XVI, 12) rileva come ciò era usato dai Greci, e cita Demostene e Menandro. — Venuleio (l. 22, D. XLIII, 24, *Quod vi aut clam*) parla di quest'uso tra i Romani; e Gotofredo comentandolo dice: *Solebot, tabula oedibus odfixo, indicari oedium hypotheca.*

7) L. 7, Cod. IV, 24, *De pignorat. octione.* L. 7 et 8, § 1, Cod. VII, 39, *De praescript. 30 vel 40 ann.* — *Quasi dicas res subiecta obligationi et obstricta.* Hotom. in comm. *verborum iuris*, verbo *hypotheca.*

8) *Aliud est possidere, longe aliud in possessione esse*, l. 10, § 1, D. XLI, 2, *De adq. vel amittendo possessione.* — Quindi la differenza tra *hobere, tenere, possidere.*

9) Cinque specie di *ius in re* annovera Voet *Ad pandectas*, lib. 2, tit. 2, n. 2, *De inofficioso testamento.*

10) *Saepe rescriptum est, onte sententiom signo rebus quas aliquis tenebot, imprimi non oportere.* Vi occorreva dunque la sentenza del magistrato per potere in tal modo dimostrare al pubblico siffatto sottoponimento: la convenzione sola non pare che bastasse. V. il tit. del codice, *Ut nemini liceat sine iudicis ouctoritate signa rebus imponere alienis.* — In Francia il pegnoramento de' frutti ancora attaccati al suolo, si eseguiva con mettere

fu abolito del tutto 1). Nell' *animo* e nel *dritto* stette il possesso 2) ; nell' *animo* e nel *dritto* l' *ipoteca* 3). Nè solo allora le cose corporee presenti divenner capaci d'ipoteca, ma tutto ciò ch' era suscettivo di compra e vendita 4). Tali erano le cose *incorporali* 5), le future 6), e finanche i nomi dei debitori 7). Qual tabella e qual segno poteva a queste cose con tante distinzioni soprapporsi ? Così invece della voce *sottoponimento*, si amò usare l' altra più astratta *oppositio*, *contrapponimento*; quasi che la cosa si *contrapponesse* al credito 8), ed un dritto ad un dritto.

24. E queste istesse parole *pignus*, *suppositio*, *oppositio*, acquistarono presso il volgo un senso più astratto ed arcano, quando vennero tradotte nel greco, *hypotheca* 9): voce che poi prevalse nelle leggi ; tal che *pegno* e *ipoteca* rappresentarono la medesima idea, e non furon diversi che di suono 10) In questo stato divenne assai difficile il fissare l'andamento e le forme dell' esercizio dei dritti ipotecarii: poichè mancati i *segni fisici* di queste obbligazioni, nè essendovi i pubblici registri, era facile che più di un *ius in re* della stessa o di diversa specie, esercitato da molti, si cumulasse in un fondo stesso 11): e nel concorso si rendette incertissimo il dritto di ciascuno. Ma che ? Per riparare a questo male si andò spesso incontro a mali peggiori 12).

25. Percioechè all' udirsi quelle prime distinzioni del *possesso*, e del *dominio*, vennero tosto distinti i *giudizii possessorii* dai *petitorii*. E la *metofisica*, che pur troppo è stata sempre regina del Fòro, volle trovare e distinguere in ogni dritto, e nell' ipoteca stessa, il *possesso* ed il *dominio*, ed anche nel giudizio ipotecario il *possessorio* ed il *petitorio*.

26. Quando dunque si constituiva una *ipoteca* su di un fondo, parve che il *dominio* tosto ne rimanesse menomato, e che in parte passasse nel creditore ; come se il debitore non ne ritenesse il *possesso* che *condizionatamente* e per volontà del creditore. Per lo che se il creditore esercitava il suo dritto, contentandosi del godimento de' frutti, cominciò a dirsi ch' esercitava un' *azion possessoria*: se poi andava a spogliare il debitore della proprietà intera, o di quella parte che corrispondeva all' *ipoteca*, sembrò ch' esercitasse un'*azione petitoria*.

27. Or i primi forse i quali dovettero muovere cavillazioni infinite per sottrarre al dritto dei creditori le cose obbligate, dovettero essere i coloni de' fondi rustici 13). Certamente contra costoro troviamo nel corpo delle leggi la prima forma dei provvedimenti a questo proposito. I coloni sogliono obbligare al padrone per sicurezza della mercede le cose da essi trasportate ed introdotte ne' fondi (*invecta et illata*). Se mancavano al pagamento, ed il padrone avesse creduto bastante l'assicurarsi delle cose obbligate con metter-

sul fondo un palo con un fascetto di steli, detto *brandon*; quindi si disse *saisie-brandon*.

1) Nov. 11, cap. 15. — Nov. 60, cap. 1.

2) *Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.* L. 1 § 21, D. XLI, 2, *De adquirenda vel amittenda possessione.*

3) *Hypotheca est pignus, sed ejus possessio non transit in creditorem.* Cujac. in cod. IV, 24, edit. neap. tom. IX, col. 295. — V. sup. § 21.

4) L. 9, § 1, D. XX, 1, *De pign. et hypothecis.*

5) L. 11 e 12 § 1, eod.

6) L. 15 eod.

7) L. 18, D. XIII, 7, *De pignor. actione.* — L. 4, C. VIII, 17, *Quae res pignori datae obligari non possunt.*

8) *Oppositus est pignori ob decem minas.* Ter. in Phormione, IV, 3, 56. — Catullo scherza sul doppio senso della voce *oppositus*: *villa opposta ad un vento*, e *villa contrapposta ad un credito.* Quindi chiama il credito cui la sua villa era contrapposta, *ventum horribilem atque pestilentem.* Carm. 26. — V. Seneca, *De beneficiis*, 7, 14.

9) Le due voci greche delle quali questa parola è formata, non indicano che *sottoponimento*.

10) *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*. L. 5 § 1, XX, 1, *De pign. et hypothecis.*

11) Pomponio ed Ulpiano arrecan l'esempio di quattro diversi *ius in re* di quattro persone concorrenti sull'istessa cosa. L. 3 § 12, D. X, 4, *Ad exhibendum*. E quanti esempii, e di quanta complicazione, ne offrono pure ogni giorno i nostri giudizii ipotecarii ? Ciò fa che di sua natura sia oltre modo difficile le stabilire una legislazione intorno alle ipoteche.

12) Questi mali sono esposti con la più viva energia nell'esordio della nostra pramm. del 30 luglio 1786, con la quale venne instituito in Napoli il *regio generale archivio:* primo embrione de' nostri odierni ufizii della conservazione de' privilegi o delle ipoteche.

13) *Scarpe grosse, cervello sottile*, è il nostro proverbio.

sele in mano, e prenderne il solo godimento il pretore per garentirlo da' rigiri *formolarii*, gli accordava in un *giudizio possessorio* l' *interdetto-salviano*: se poi il padrone medesimo volesse spiegare il suo dritto fino a distrarre quelle cose, non si credette a ciò sufficiente la giurisdizione pretoria, ed in un *giudizio plenario* si diede forma all'*azione serviana* 1). Perchè tali nomi? *Adhuc subiudice lis est* (§ 16). Servendo poi alle sopra esposte classificazioni e sottigliezze, il *salviano* fu chiamato *interdetto possessorio*, ed *azione petitoria* la *serviana*. Ma nè possesso vero era quello, nè questo vero dominio; e delle due azioni creder l' una *possessoria*, e l'altra *petitoria*, nel senso proprio della definizione antica e nuova di queste voci 2), sarebbe stato un errore.

28. L' analogia introdusse in seguito le forme originarie di tali azioni, prima contra i conduttori de' predii urbani sopra i mobili in questi predii esistenti; appresso contra gl' istessi conduttori de' predii rustici per ogni altra cosa, ancorchè non compresa fra le *invectae et illatae* (§ 27); quindi contra ogni debitore per qualsivoglia altro titolo; in ultimo in ognuno di questi casi anche contra i terzi possessori. Sì fatta progressione di giurisprudenza fu ben avvertita da Negusanzio, giureconsulto italiano, degno cui l' illustre Grenier chiami principe della giurisprudenza ipotecaria, e che da lui, come da' puro fonte, ne attinga i principii.

29. Tanta estensione però non era nelle parole della prima formola dell' *azione serviana*, nè di quella dell' *interdetto salviano*, ma nasceva dall' *equità*, dalla *mente della legge*, e dalla *interpretazione*; e perciò in tutti questi casi l' *interdetto salviano*, si chiamò *utile-salviano* o *quasi-salviano*, e l' *azione salviana* si disse *utile- serviana* o *quasi-serviana* 3). Tanto in quegli antichi era l' amore di riportar tutto agli antichi nomi, di trarre gli antichi usi a' nuovi bisogni, e di classificare ogni cosa sotto gli antichi principii!

30. Ma se impropria era la voce d'*interdetto possessorio* nel *salviano* (*sup.* § 28), impropríssima divenne nel *quasi-salviano*. Gl'*interdetti* non sono che *personali* e di *fatto* (*sup.* § 11). All'incontro l' estensione che ricevette il *salviano* quando divenne *utile*, o *quasi*, era tutto di *dritto*; nè solamente ei fece maggiore il *dritto* de' creditori, ma lo spinse anche contra gli *estranei* 4).

31. La improprietà de' nomi è il fonte il più comune degli errori sulle cose 5). Tosto che il *quasi-salviano* fu detto essere un *interdetto possessorio*, cominciò a dimandarsi a qual classe d' *interdetti possessorii* dovesse appartenere. Ma la *metafisica* (§ 25) non poteva dar altro al creditore, che un *possesso ideale*: il *possesso reale* ed *effettivo* era presso il debitore 6). Alcuni dunque amaron meglio chiamarlo *interdictum adipiscendae*. Fra costoro è Rovito 7). Ma gl' interdetti *adipiscendae* erano modi piuttosto di acquistare, che di conservare; e perciò i migliori giureconsulti il tolsero dalla classe delle *azioni possessorie* 8). Così anche il *quasi-salviano* perdè presso molti il ca-

1) Negusantius, *De pign. et hypoth.* VIII, I, 2.

2) L'una propriamente è *actio ad fruitionem*, l'altra *ad distractionem*. V. *sup.* § 14 e 17.

3) Il principio delle *azioni utili* derivava *ex aequo bono*, al dir di Cuiacio, Digest. Salvii Iuliani, ad l. 1, *De salviano interdicto*; — ed *ex mente legis*, come si esprime Negusanzio, VIII, I, 4.

4) Cuiacius in lib. 49 digest. Salvii Iuliani, l. 1, D. *De salviano interdicto*, edit. neap. tom. VI, col. 338.

5) Progredisce la civiltà, ma tuttora rimangono gli antichi vocaboli; « ed usando soltanto di quei « vocaboli e di quelle frasi che adoprarono prima gli « scrittori di quel genere particolare e determinato « lo che s' imprende a trattare, si accomodano le « immagini e i concetti nuovi come si può meglio « alle parole o alle frasi ». Così il ch. Giov. Rosini nel suo nobilissimo discorso, *Della necessità di scrivere nella propria lingua*. Per tal modo coll'antica frase si mesce alla nuova l'antica idea, e la corrompe, e ne nasce, particolarmente nelle cose di dritto, quel sì spesso.

Confonder le due leggi a se mal note.

6) Ripetiamo la definizione della ipoteca che ne dà Cuiacio: *Hypotheca est etiam pignus, sed eius possessio non transit in creditorem*. V. sup. § 21.— Giuliano nella l. 19, D. XLIII, 26, *De precario*, ci avverte che sull'istesso fondo *neque iustae, neque iniustae possessiones duae concurrere possunt*. Vi possono bensì concorrere molti dritti *in re*. L. 3, § 12, *Ad exhibendum*. — V. *sup.* § 23 e segg.

7) Rovitus, ad pragm. I, *De assistentia*.

8) *Adipiscendae possessionis interdicta non sunt in usu, sed retinendae tantum et recuperandae: Quod optime notavit Imbertus*. Cuiacius, ad titulum codicis, *unde vi*. — V. Henrion de Pansey, compet. des jug. de paix, ch. 32.

—

ratlere d'*interdetto*, e salì a figurare fra le *azioni* propriamente dette 1).

32. Questo però fu quasi un sacrilegio per gli adoratori dell' antica nomenclatura; i quali presi dalla distinzione tra *possesso naturale* e *civile*, videro quest' ultimo nel creditore; e parve ad essi che costui non cercasse altro col *quasi-salviano* che di unire al suo *possesso civile* il *naturale*. Per tal ragione distinsero due casi; o ch'egli agisse direttamente contra il debitore; o che agisse contra un terzo possessore. Nel primo caso lo stato rispettivo del *possesso naturale* e *civile* nell'atto dell' azione era ancora lo stesso di quello ch'era nel tempo del contratto, il quale, secondo essi, avea già trasferito il possesso; e perciò ostinati alla voce *interdetto*, lo dissero *retinendae possessionis*: lo dissero poi *recuperandae*, quando avendo il debitore perduto il *possesso naturale*, era in certo modo anche alterato il *possesso civile* del creditore 2). Sottigliezze perdonabili, se non fossero state spesso perniciose alla verità ed alla giustizia.

33. Chi di fatti non vede che forzate troppo e troppo bisognevoli di astrazioni sono queste distinzioni? Il principio vero delle *azioni possessorie* non è il *ius in re*; è il *fatto* della *detenzione* o *godimento pacifico* di una cosa o di un dritto per un certo tempo, *non vi*, *non clam*, *non precario*, ed indipendentemente dal *titolo* 3). Il *creditore ipotecario* all' incontro non può vantare alcun *fatto* di *detenzione attuale* e di *godimento*, o dolersi d'esserne stato spogliato: nè il *quasi-salviano* può mai intentarsi se non col *titolo* constitutivo dell'*ipoteca* (*sup.* § 9). Forse ciò con minore inesattezza potea dirsi *petitorio*, benchè a *metà*, benchè a forze trattenute e smorzate (*supra* § 9 *in fin.* e 10); non mai però *possessorio*.

34 Ma anche la denominazione di *petitorio* sarebbe qui introdotta dal desiderio di ridurre tutto a generi ed a classi. Ella è inesatta non solamente pel *quasi-salviano*, ma anche per l'istessa *azione ipotecaria*.

35. Imperocchè *petitoria actio* 4), *petitorium iudicium* 5), non è propriamente parlando che *rei vindicatio* 6): azione che segue il *dominio* non l'*ipoteca*. L'*ipotecaria* è azione, non a chiedere la cosa ed impadronirsene, ma a distrarla per essere soddisfatti dal prezzo: *actio ad distractionem* (*sup.* 13 e 16). E perciò Negusanzio non disse già: *l' ipotecaria è azione petitoria*, ma *sapit petitorium* 7); mentre Merlino stesso, spiegando che il *quasi-salviano* non faceva altro che avocare il possesso nella causa del pegno 8), lo definì più azione *ad fruitionem*, che *azion possessoria* 9): *non le fond, mais la provision*, disse Pothier (*sup.* § 15). L'azione stessa dunque, che arrestandosi al godimento de' frutti, procedeva con essi lentamente e d'anno in anno alla soddisfazione del debito, e che spingendosi fino alla vendita, produceva in un colpo lo stesso effetto col prezzo, poteva nel primo caso aver qualche rassomiglianza co' *giudizii possessorii*, e nel secondo coi *petitorii*; ma non fu mai *vero possessorio*, nè *vero petitorio*: era, come sopra dicevamo (*sup.* § 14), un giudizio *sui generis*, il cui *principio* stava nel *ius in re*; non quale però è il *ius del dominio*, non quale è quello del *possesso*, non quale è quello delle *servitù*; ma quale è quello che è; cioè a dire *ius* per la sicurezza dello adempimento di una obbligazione. L'*oggetto* poi n'era appunto questo adempimento, da eseguirsi forzatamente e col mezzo della giustizia, o coi *frutti* nel primo caso, o col *prezzo* della cosa obbligata nel secondo. Riportiamo la cosa ai principii, e tutte le difficoltà svaniranno insieme con la vanità di quelle classificazioni.

36. Ed ecco perchè il *quasi-salviano*

1) Tale anche è l'opinione del Foderà, pag. 30. — V. *sup.* § 3

2) Maranta, De remediis possessionis, n. 85.

3) Inst IV, 15. — *Il possesso è la detenzione o il godimento di una cosa o di un dritto che abbiamo o esercitiamo per noi stessi, o per mezzo di un altro che lo tiene e l'esercita in nome nostro.* Art. 2114 ll cc.

4) Inst. IV, 15, § 4, *De interdictis*.

5) L. 36 in pr. D. VI, 1, *De rei vindicatione*.

6) Goth ad hanc legem. — Merlin, Repert. alla parola *petitoire*.

7) De pignoribus et hypoth. part. 8, membro 1, n. 2.

8) *Ex eo autem avocatur possessio in causam pignoris*. De pign. et hypoth. lib. 5, tit. 2, quaest. 77, n. 5.

9) Loc. cit. n. 11.

a differenza delle vere *azioni possessorie* 1), anche agli occhi di chi qual'azion possessoria lo vagheggiava, non solamente non abborriva di andare unito nel medesimo giudizio con l'*ipotecaria* 2), ma o doveva instituirsi insieme con essa, o doveva essere su di essa fondato 3). Il giudice non ne era quello delle azioni *possessorie*, ma l'*ordinario*, il quale poteva con l'istessa sentenza accordare la *distrazione del fondo*, e pendente questa, la *possession provvisionale* di esso 4). Ma si avverta, che una tal *possessione* si accordava come conseguenza di un *dritto*, e non mai come continuazione di un *fatto*.

37. Se però ne' rapporti mutui di *creditore* e *debitore*, e di *credito ipotecario* e *fondo ipotecato* lo stato della quistione nel *quasi-salviano* era tutto di *dritto*, lo stato del debitore relativamente al fondo medesimo era sempre di *fatto*. Ed in ciò si facea consistere una delle principali differenze tra il *quasi-salviano* e l'*ipotecaria*. Il creditore, attore nell'*ipotecaria*, mirando a distrarre il fondo per soddisfarsi del prezzo, assumeva tutto il carico della legittimità del titolo del dominio del debitore: nel *quasi-salviano* non dovea dimostrar altro se non che la cosa era fra i di costui beni, *erat in bonis* 5), allor che costui contrasse l'obbligazione 6); o anche dopo, se l'obbligazione fosse stata generale sopra i beni presenti e futuri 7).

38. Ma questa differenza non altera affatto il *principio unico* di questi due modi (*sup.* § 11), nè di *una sola azione* ne fa *due* (§ 10): nasce solo dalla diversità del punto a cui l'*azione* si arresta, anzi dalla diversità delle circostanze in cui questo punto si trova; tal che se un creditore avesse stimato meglio di andar fino all'ultimo con la pura *azione ipotecaria*, e niuno avesse contrastato a lui nè al debitore la *proprietà della cosa*, chi lo avrebbe obbligato ad andar ricercando la *ragione* ed il *titolo* del *dominio*? Questa ricerca dunque non era essenziale alla *ipotecaria*, più che al *quasi-salviano*. L'una e l'altro potevano sussistere senza di essa. Se non che ella era incompatibile col *quasi-salviano*, o per dir meglio, era interdetta fin che l'*azione* si tratteneva al *godimento* ed a' *frutti*: ma se veniva il caso che una tal ricerca della *ragion del dominio* si dovesse spingere innanzi, come p. e. quando sorgeva un'azione revindicatoria per trarre di mano al *salvianista* il quasi-possesso, allora era necessario che si uscisse dal *quasi-salviano*, e che l'*ipotecaria* si spiegasse intera, e fino alle ultime sue conseguenze.

39. Relativamente dunque alla qualità de' beni, il vantaggio del *quasi-salviano*, non era maggiore di quello della *ipotecaria*. Di fatti l'azione petitoria poteva muoversi in quattro casi diversi; o quando il fondo era in potere del debitore, o quando era in potere dell'erede, o quando era in potere di altri immediati aventi-causa, o quando era passato in poter di alcuno in tanta *buona fede*, che, tranne qualche difetto ignoto di origine, il suo *possesso* equivalesse al *titolo*. — Di questo quarto caso ragioneremo più innanzi (*infra* § 42). — Certamente nel primo, il creditore non poteva rimanere imbarazzato da quistioni di proprietà, nè nel *quasi-salviano*, nè nella *ipotecaria*: *debitor non potest dominii quaestionem referre* 8). Nel secondo e terzo era lo stesso: perciocchè gl' immediati aventi causa del debitore debbono stare al suo fatto, e risponde del suo dolo 9). Fin

1) *Nihil commune habet proprietas cum possessione*. L. 12 § 1, D. *De adquir. vel amitt. possess.* — *Il possessorio ed il petitorio non potranno essere mai cumulati insieme*. Art 25 cod. di pr. civ. fr. — Art. 129 ll. di pr. civ. nap.

2) NEGUSANTIUS, De pignoribus, VIII, 3, n. 25.— FODERÀ, pag. 52 — V. *sup.* § 12 e segg.

3) MERLINUS, De pignoribus et hyp. lib. 5, tit. 2, quaest. 77, n. 32 e 34.

4) IDEM, loc. cit.

5) *In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur*. L. 49, D. *De verb. sign.*

6) NEGUSANTIUS, De pignoribus, VIII, 3, n. 25.

7) IDEM, VIII, 1, n. 8.

8) GOTHOFREDUS ad l. 21 § 1, D. *De pign. et hypoth.* — I nostri dottori credettero dar più forza a questa massima esprimendola: *Debitor ipse non potest dominii quaestionem refricare ipsi debitori*. Così ROVITO al nostro proposito nel sopra lodato comentario alla pramm. I, *De assistentia*, n. 25.

9) ROVITUS, ibidemm, n. 27. — ALOI e MAFFEI riducono a questo sol punte il vantaggio del *quasi-*

tanto che dunque il fondo conservava chiara l'impronta di essere stato *in bonis* del debitore allora quando si constituì la *ipoteca*, l'*azione* ben si arrestava al *quasi-salviano*, ma non le venia disdetto di correre innanzi col suo carattere originario d'*ipotecaria*.

40. Che se del fondo, in cui era stata costituita l'*ipoteca*, la proprietà non era del debitore, sappiamo che comunemente si sosteneva, doversi allora agire col solo *quasi-salviano*: ma nemmeno ciò porta a conseguenza. Questo p e. diceasi per coloro che ipotecato aveano la *superficie*, che ipotecato avevano i frutti, che ipotecato aveano i feudi 1), e diceasi nella reintegrazione de' fedecommessi su i frutti dovuti al gravato 2). Ma abbiamo sopra osservato (*sup.* § 23) che sulla *superficie*, e sopra i *frutti*, e sopra le cose tutte anche mobili e future, purchè suscettive di compra e vendita, le leggi antiche permettevano l'*ipoteca*. L'azione dunque sopra tutto ciò era una vera *ipotecaria*, la di cui forza però non vi poteva andar oltre il limite ordinario del *quasi-salviano*. Che se in alcuna di queste cose era vacillante il *dritto vero ipotecario*, vacillante vi era anche il *quasi-salviano*. La regola non poteva esser che una. Ove si aveva il *ius in re* nel tutto, si aveva anche nella parte (*sup.* § 8); e chi lo esercitava nella parte, il faceva solo perchè aveva dritto di esercitarlo nel tutto.

41. Il rito dunque rendeva arbitro il creditore d'imprimere alla sua azione o tutta la forza di cui questa era capace, o quella del solo *quasi-salviano* fino a tanto che non trovava ostacoli (§ 38). Del che due si credevano i vantaggi principali; l'uno rapporto al debitore, l'altro in rapporto al creditore (*sup.* § 37). Il primo era di non intrattenersi a guardare il *titolo* del debitore sul fondo, ma il solo di costui *possesso;* il secondo era che la efficacia del *titolo* del creditore si mostrava solamente in quanto bastava al debitore, ma non si spingeva fino alle ultime conseguenze. Quando dunque il *possesso* del debitore era dubbio, o il *titolo* del creditore era contrastato, allora doveva indubitatamente spiegarsi l'*ipotecaria* in tutta la sua forza, e nella sembianza sua propria.

42. Solevansi del primo caso presentar molti esempii. Poteva p. e. avvenire che l'estraneo in di cui mano si trovava il fondo, lo avesse ricevuto in buona fede da altro estraneo, e costui forse da altri, sì che il dritto dell'ultimo possessore potesse fargli spiegare la *publiciana in rem* (*sup.* § 12), e bilanciare il dritto del creditore 3). Similmente, se il fondo obbligato fosse stato comune a più persone, il creditore di una di queste persone non poteva far uso mai di tal preteso *interdetto:* perciocchè avrebbe trovato sul fondo, non già il suo debitore, ma gli altri non debitori, i quali erano in un possesso precedente al suo dritto, e costoro lo avrebber respiuto 4). Allora dunque non gli rimaneva che disputare del titolo del suo debitore 5).

43. Per quello poi che riguarda i creditori, potea stare che a due o più fosse stato l'istesso fondo obbligato. Ciascun d'essi poteva agire con l'*utile-salviano* contro il debitore; ma essi tra loro dovevano disputare della poziorità e valore del titolo rispettivo 6). Tal che se il fondo fosse stato obbligato per parti, ciascuno potea pacificamente andare al *quasi-possesso* della parte sua; ma obbligato in solido, ed ottenuto il *quasi-salviano* da un solo, non poteva l'altro creditore usare il *quasi-salviano* con lui. Tanto è vero che questo non era *ius in possessione*, ch'egli doveva disputare *de ipso iure pignoris* 7). E così spesso avveniva che il vincitore nel giudizio *quasi-salviano*, fosse

salviano, senza però interdire che si potesse in questa medesima circostanza agire anche con l'*ipotecaria*. Domat, lib. 4, tit. 7, sez. 2, n. 15; ediz. nap. del 1798 in 4, vol. 3, pag. 174.

1) Ognun sa, che la sola *tenuta* di feudi era *burgensatica*, De Marinis, allegat. 115, n. 10, 11 e 12.

2) Card. de Luca, de cred. et deb. VIII, 36 e 157.

3) Rovitus, ad prag. I, *De assist.* n. 28, 29 e 30. — Pothier ad pandectas, XLIII, 33. — V. *sup.* § 39, al *quarto caso* quivi enunciato.

4) L. 1 D. XLIII, 32, *De salviano interdicto.* — *In dubio melior causa possidentis*, L. 128 *De reg. iuris.*

5) *C'est à dire du fond*, così spiega Pothier, loc. cit. — V. Cuiac. Observ. V, 24. — V. *sup.* § 15.

6) D. l. 1, *De salviano*, e quivi Pothier. — Cuiacius, Digest. Salvii Juliani, ad l. 1 *De salviano*, edit. neap. VI, 338.

7) L. 10, D. *De pignoribus et hypothecis.* — Cu-

obbligato poi al giudizio *quasi-serviano* non una, ma tante volte, quanti terzi, o altri creditori si sarebbero presentati con altri *diritti reali*, sia di *proprietà*, sia di *possesso*, sia di *servitù* o di altre *ipoteche* sul fondo stesso, e che finalmente dopo molto dispendio e travaglio fosse in rischio a fronte di costoro anche di perdere 1).

44. Ciò rendeva lunghissimo ed inviluppato nelle sue conseguenze il *quasi-salviano*, che appunto per la sua apparente complicità si era immaginato e s'instituiva in preferenza. La qual considerazione rinforzò il sistema di bene instituir l'azione, e per far valere in ogni caso il diritto *ad fruitionem*, spiegar sempre l'azione *ad distractionem* 2), affinchè alla più lieve opposizione, o di pari dritto del creditore nella cosa, o di dubbiezza del possesso di altro debitore, *si in una non poterat ferri sententia, posset in alia* 3).

45. Confusi però i *principii*, e volendosi ostinatamente considerare l'*ipotecaria* come diversa e distinta dall' *utile-salviano*, si ondeggiò sempre fra le difficoltà che nascevano da questa vana distinzione, non meno che fra le altre di *petitorio* e *possessorio*, le quali poi si trovarono indocili all' applicazione ordinaria de' principii. In tal modo imbarazzata la *giurisprudenza*, cercò ripararvi con garentire il *quasi-salviano* di quante cautele convenzionali ad esso affini permetteva la legge.

46. La prima di queste cautele era il *precario*. Esso, siccome ognun sa, era un patto per lo quale il debitore riteneva il *possesso naturale* della cosa, non più come un suo dritto, ma come un beneficio *precibus suis* conceedutogli dal creditore. Il debitore così riconoseeva di rimanere sul fondo per altri: il *possesso legale* era nelle mani del creditore: costui a sua volontà, nel tempo determinato dal contratto, poteva sempre a sè richiamare il *possesso naturale* 4). L'affinità del *precario* col *salviano* sembrò ancora più chiara perchè nel codice giustinianeo non vengono entrambi ad occupare che la sede medesima 5).

47. Affine ugualmente gli era il rimedio della legge finale C. *de adquirenda vel retinenda possessione*. Quivi è detto che *qui non sibi, sed alteri possidet*, se mai per desidia o per dolo faccia passare in altri il possesso della cosa, niun pregiudizio possa cagionare al diritto di colui per lo quale ei possiede. E ciò perchè *pignus a pugno*, suppone sempre una certa specie di *tradizione*, almeno *finta*, *ideale*, e solamente *legale* (*sup.* § 19 e 22).

48. Compimento poi delle cautele della vecchia nostra giurisprudenza era il patto espresso *de capiendo* 6), per lo quale il creditore era autorizzato di prendere da sè stesso la cosa pegnorata. Era noto però che questo era del pari un dritto più *ideale*, che *effettivo*; poichè era l'espressione della celerità con la quale doveva alla voce del creditore accorrere il giudice, e non fu mai la facoltà di un atto di autorità privata e di violenza 7). Così quando si patteggiavano tutte queste cautele, l'*ipotecaria* non serviva che di principio di moto all' *utile-salviano*, il quale per avere i vantaggi di un *giudizio possessorio* si medesimava col *precario*: dall' altro lato per non perdere i vantaggi del *petitorio* e raggiungere i terzi possessori, accattava forza dalla legge finale, cod. *de adquir. vel retinenda possessione*; e nutrito così e cresciuto di principii contrarii, piombava sulla cosa col patto espresso *de capiendo*. Chi non vede da ciò a

IACIUS, loc. cit. et observ. V, 24, edit. neap. III, 129.

1) *Sic fit ut qui vincit in salviano, non vincat in serviana.* CUIAC. in due luoghi; *Observ.* loc. cit., edit. neap. tom. III, col. 129, e ne' *Digesti* di Giuliano, tom. VI, col. 338. — MERLINUS, De pign. et hypoth. V, 2, 77, n. 3.

2) MERLINUS, V. 2, 77, n. 14. — V. NEGUSANZIO, VIII, 3, n. 25 e 26. — V. *sup.* § 36.

3) MERLINUS, ibid. n. 34.

4) Di queste contraddizioni fa le più alte meraviglie il nostro ROVITO al luogo più volte citato.

5) *De precario et salviano interdicto*, è il tit. IX del lib. VIII del codice giustiniaaeo.

6) *Capere fructus*, l. 20, D. XLI. 2, *De adquir. vel amitt. possess.* — *Capere pignus, pignori capere*, l. 88, D. XIII, 7, *De pignorat. actione*, et 15 § 2, D. XLII, 1, *De re iudicata.* — *Capere* in generale è far nostra propria effettivamente e fisicamente una cosa, l. 36, D. *De acquir. vel amitt. possess.*

7) *L. creditores*, 3, C. VIII, 14, *De pign. et hypoth.*

—

che può giungere la metafisica forense (§ 25)? Chi non rimane convinto che abbandonati i principii i quali menano per via diretta al conseguimento di un dritto, conviene poi per raggiungerlo andar molto errando, e spesso per vie non pur diverse, ma contrarie?

49. L'*ipotecaria*, il *quasi-salviano*, il *precario*, il rimedio della l. fin. C. *de adquirenda vel retinenda possessione*, ed il patto *de capiendo*, uniti insieme, erano i cinque elementi de' quali constava il nostro antico giudizio di *assistenza*. Quei che lo credettero un *giudizio possessorio* derivarono la voce *adsistentia* della definizione stessa del possesso: *ius sistendi in solo*, oppure *ad solum* 1). Meglio si avvisò il nostro Aloi, che la derivò dall' *assistenza* che si chiedeva al giudice in forza della *l. creditores*, 3, C. *de pign.* et *hypothecis* 2).

50. Con questo giudizio d' *assistenza*, fino alla pubblicazione delle nuove leggi, andavano presso di noi i *creditori ipotecarii* a spiegare i loro diritti non solo sui frutti dal dì dell' azione, ma anche sul fondo stesso; e tanto contra il principal debitore, quanto contra i terzi. Ed è da avvertire che sebbene il *quasi-salviano* ne fosse uno de' principali elementi, si teneva questo come bene adempito con lo stabilire un amministratore o un *sequestratario giudiziario* pei frutti che di mano in mano si andavano raccogliendo.

51. Siccome l'*ipotecaria*, se s' instituiva semplicemente, era tenuta per un' azione di lunga discussione, come quella in cui si credeva necessario rischiarare e ben definire innanzi tratto il *titolo* del debitore intorno al dominio del fondo ipotecato (*sup.* § 42 e 43), così non lieve fu creduta l' utilità del giudizio di *assistenza*, per la semplicità del suo primo estremo, il quale era lo stesso del *quasi-salviano;* cioè che il fondo obbligato, fosse stato *in bonis* del debitore quando si contrasse l' obbligazione. Tal che essendosi disputato, se potesse farsi uso della sola pruova del *possesso* nei casi in cui il possessore estraneo in buona fede non avrebbe potuto esser combattuto col *quasi-salviano* (§ 42), D' Afflitto opinò prima che convenisse cominciar sempre dalla pruova del *dominio* 3); in seguito sostenne che bastasse pruovare il *possesso*, il quale fa presumere il titolo 4). Rovito il combattè invano; e l' ultima opinione del D' Afflitto prevalse.

52. Questa pretesa utilità si rivolgeva sempre in danno, quando gli altri che vantavano anch' essi un *ius in re* nella cosa, tacevano in tutto questo giudizio, e venivano a comparire dopo di esso (*sup.* § 21, 43 e 44). Allora si correa pericolo di conturbare tutto il già fatto, e cancellare anche i giudicati. Quindi è che i nostri null' altro maggiormente desiderarono, quanto una procedura che desse termine fra tutti gl' interessati a tutte le controversie con un solo e medesimo giudizio. Egli è vero che la instituzione del regio *generale archivio* riparò in parte fra noi a' mali che derivavano dalla ignoranza degli altrui *dritti reali* sulle cose: tutti i contratti, tutte le sentenze da cui un *dritto reale* potea nascere, dovevano essere registrati in libri perpetui 5). Questa legge salutare però non fu messa in osservanza che per Napoli ed i suoi casali. All' incontro i *giudizii ipotecarii* anche in Napoli continuarono col vecchio rito, ed era in arbitrio dell' attore il citare o non citare coloro che aver potessero un dritto, benchè conosciuto, sulla cosa.

53. Ma di ciò a miglior luogo. Per ora giova compiere il quadro della vecchia giurisprudenza con definire se l' antico *quasi-salviano*, anche ne' suoi errori ad *anomalie*, appartenesse al *dritto* propriamente detto, o alla *procedura*.

—

1) *Possessio est ius insistendi rei*. Glossa in l. 1 *De adquir. possess.* — Maranta, de remediis possessionis, n. 85. — Capycius, decis. 51, lib. 1, n. 2 e 3. Rovitus, ad pragm. 1, *De assistentia*, n. 14.

2) Domat, tradotto ed annotato da Aloi e Marfei, lib. 4, tit. 7, sez. 2, n. 14 e segg. — V. il § preced.

3) Decis. 40.

4) Decis. 383.

5) Pramm. del 30 luglio 1786. — V. il § 24, e la *nota* 12 alla pag. 647.

CAP. IV.

APPENDICE AL CAP. PRECEDENTE.

Qual parte nel quasi-salviano appartenga al dritto, qual parte alla procedura.

54. Quando sotto il nome di *quasi-salviano* non debba intendersi altro che uno de' *mezzi giudiziarii* onde esercitare un *dritto* (*sup.* § 7), non vi ha dubbio che esso appartenga tutto alla *procedura*. Ma quando vuolsi intendere per esso, non solo il mezzo con cui domandiamo, ma anche la ragione per cui domandiamo, allora è forza distinguervi qual parte vi sia di *dritto*, quale di *procedura*. *Quae cuique debentur*, costituiscono il dritto; mentre, *qua ratione modoque*.

Quae sibi debentur RITE *quis obtineat* 1).

costituisce la procedura. — Siccome a questa però si acquista tal diritto scambievole dalle parti, che esercitar un dritto propriamente detto, e ridurlo ad effetto, e difenderlo o rivendicarlo, non si può mai in modo diverso da quello che impone la legge, così la *procedura* si chiama anche *dritto*; e ciò spesso imbarazza nel definire qual sia il *dritto propriamente detto*, quale il *dritto alla tal procedura*. E pure entrambi sono distinti da caratteri così marcati, che il far valere il primo è volontario; ma tosto che alcuno risolve d'instituire un giudizio, ei non può scegliere altri mezzi che quelli che gli dà la legge nel tempo della lite. Così un dritto non può esser mai da leggi posteriori moderato nè alterato nè distrutto 2): la procedura riceve tutti i cangiamenti che più piacciono al legislatore, il quale ne modifica i modi, ne spezza il corso, o ad altri sistemi lo conforma.

55. Ne' due casi che riporta CICERONE (*sup.* § 17) chiaro è qual sia il *dritto* del creditore. Esso è *condizionato*: se i debitori non pagano quando *hypothecae commissae sunt*, debbono soddisfare il debito o co' frutti, o col prezzo dei fondi ipotecati. Ma *qua ratione modoque?* Oggi noi permettiamo il deposito de' frutti nelle mani piuttosto del debitore, che del creditore: allora il pretore *rerum obligatarum potestatem creditori faciebat* (*sup. d.* § 17). Ma può dubitarsi che questo non sia altro che modo e forma di esecuzione di un dritto? So che *dritto* e *procedura* uscirono assai confusi al principio; ma dopo che l'uno e l'altro in codici diversi si sono differenziati e distinti, sconoscerne i confini e rimescolarli, è un risospingerci alla prima epoca del mondo civile (*sup.* § 20).

56. Il che per ben discernere nel *quasi-salviano*, conviene con un' esatta analisi dividerlo atto per atto, e seguirne l'andamento. — Cominciamo dal primo, cioè dal libello dell'azione: *editio actionis*.

57. Sappiamo che CELSO e TRIBONIANO definirono l'azione, *ius persequendi in iudicio quod sibi debetur* 3). Ma è indubitato che presa l' *azione* nel senso di primo atto con cui si spiega un *dritto* contro di alcuno, non è che un *mezzo giudiziario* per sostenere tal *dritto* e renderlo efficace. Nel qual senso è impropria la definizione, *actio est ius*: questo è un *tropo*, una *figura*; la *causa*, per l' *effetto*, il *principio* invece del *mezzo* (*sup.* § 7 *in fin.*). Ad instituirla hanno ben *dritto* le parti; poichè senza di essa non può ottenersi cosa alcuna in giudizio: ma è *dritto* alla procedura, *dritto* pur certo e immutabile, ma a cosa che varia e si modifica secondo i tempi (§ 54). *Quod nobis debetur*, e poter dispiegarlo con l'azione, è *dritto* propriamente detto: i modi giudiziarii onde dispiegarlo, cominciando dall' *edere actionem*, son *mezzi* e *procedura* 4).

58. Segue all'azione il *precetto* indicato già da CICERONE: *aut solvat, aut fructibus suis satisfaciat* (*supra* § 17). Ha ben dritto il creditore di ottener dal giudice questo precetto. Ma può mettersi in dubbio, appartenerne il modo anche alla procedura? La procedura ne fissa i termini, la procedura ne fissa le forme; ella può deputarvi un solo giudice, può rimetterlo ad un collegio di giudici, può abbandonarlo ad un uffiziale ministeriale.

1) G. GROTIUS, Isagoge ad praxim fori Batavi, in pr.
2) Art. 2 ll. cc. — Art. 60 ll. pen.
3) Inst. IV, 6, pr. *De actionibus*. — L. 61, D. XLIV, 7, *De act. et obligationibus*.
4) DONELLUS, de action. in pr. n. 3. — BACOVIUS, de actionibus, 1, 24. — V. sopra tutto EINNECIO, in elem. iur. civ. IV, 6, § 1126. — FODERÀ, *op. cit.* alla pag. 34, e più compiutamente alla pag. 89 e segg. cita pure il detto § 1126 di EINNECIO: *medium legitimum persequendi iura ec.*

Le parti han *dritto* a domandare che ciò si faccia *ritualmente*, cioè secondo la legge che impera nel tempo del giudizio; ma è dritto certo a *procedura variabile*, e le parti non possono usare altra che l'ultima.

59. Se il debitore non ubbidisce al precetto, *solvat*, rimane l'altra parte: *fructibus suis satisfaciat*. E la legge può impiegar molti modi, onde a ciò tosto si adempia. Le nuove leggi autorizzano il sequestro, e quindi l' immobilizzazione dei frutti: il *quasi-salviano* dava al creditore stesso il *quasi-possesso* del fondo *provvisionalmente*. Or non era questo un *mezzo*, o sia un *atto di procedura* per ottenere il *fine* di essere soddisfatto? Nel *fine*, e non nel *mezzo* sta il *dritto* propriamente detto (*sup.* § 8 e 11).

60. Il *possesso* dunque, qui si replica in contrario, il *possesso* di una cosa considerata indipendentemente dal dominio, non è forse un oggetto di grave interesse per noi? E non merita forse di esser nominato *dritto* per sè medesimo, e *fine* piuttosto che *mezzo?* « Lo dimostra, dice il signor Foderà, lo dimostra evidentemente il chiamare a rassegna i comodi che le leggi fan produrre al *possesso:* dappoichè il *possesso* ci libera dall' esibizione e pruova del titolo; unito alla buona fede ci fa guadagnare taluni frutti della cosa: della cosa nessuno ci può spogliare, finchè non abbia provato di esserne il padrone; e godiamo sempre di quel dritto, che possedendo, in parità di causa, sia estimata migliore la nostra condizione, e che nel dubbio per noi venga favorevole profferita la sentenza. In somma questi ed altri vantaggi fanno nel dritto ripulare *beati i possidenti* 1). »

61. Tutto ciò sarebbe ben detto, fuor che nel caso del *quasi-salviano*. Sappiamo che chi gode un possesso *non vi*, *non clam*, *non precario* (§ 33) non ha mestieri di darne ragione col *titolo*; agisce contro chi lo ha spogliato, resiste contro chi vuole spogliarlo, ed agisce e resiste con le azioni e le eccezioni meramente *possessorie:* sappiamo pure che fra due che contendono, la miglior condizione è sempre di colui che possiede. Ma in questi casi non si vuole e non si difende che la cosa posseduta. A chi, p. e. si sostiene nel possesso di una servitù, può forse l'avversario offrire un'indennità di danaro, e acchetarlo? No certamente fino a tanto ch'esiste la cosa: perchè il *fine* della lite è il fisico godimento di essa. Con la *publiciana* si rivendicava il *possesso*, ed ella era un'azione *in rem* per sè stessa (*sup.* § 12 e 13). Ma poteva il reo convenuto liberarsene altrimenti fuor che coll'abbandonare la cosa domandata? Il *quasi-salviano* all' incontro, non ha per *fine* il *possesso* (*sup.* § 12, 14, 27 e *segg.*); tal che il debitore il quale paga, ne spezza il corso e lo annulla.

62. Di fatti abbiamo osservato che l'*ipoteca* non solo non dà alcun possesso al creditore, ma fra' suoi caratteri essenziali non è l'ultimo quello, che il possesso rimane presso il debitore (*sup.* § 22 e 24). L'istesso sig. Foderà sostiene con forza, che il *quasi-salviano* non era *interdetto a causa di ricuperare un possesso, ma a causa di acquistarlo;* e che perciò siccome la giurisprudenza europea da molti secoli avea ricusato a questa specie il nome d'*interdetto* (*sup.* § 11 e 31), così esso meriti più il nome d'*azione*, che d' *interdetto* 2). E vi aggiunge, che quando fu cambiata da Giustiniano la forma degl' *interdetti*, e tutti furon ridotti ad *azioni*, ciò venne riputato cangiamento di *procedura*, e non diminuzione o accrescimento di dritto 3). Quello che si dimandava come *fine* dell' *interdetto*, fu l'istesso che si dimandava con la formola dell'*azione* (*sup.* § 8 e 11).

63. Ma o ch'essa sia *azione*, o che sia *interdetto*, quando il creditore domanda il *possesso* della cosa ipotecata, può bene il debitore offrirgli il prezzo, può attaccare il titolo, può opporgli la compensazione del debito; e sempre l' immissione in possesso è arrestata. Questo *possesso* dunque è *mezzo* nel *quasi-salviano* e non è *fine: mezzo giudiziario* di cui può sotto un aspetto perdonarsi l' elogio, e volgendosene la faccia, dimostrarsene il danno; ma che non cambia perciò la sua

1) Foderà, nell'*opera cit.* pag. 21 e 22.
2) Idem, *op. cit.* pag. 29 e 30.
3) Foderà, pag. 48.

indole; tal che cambiata la legge di procedura, cede il luogo ad altro modo, senza che il *dritto* del creditore ne rimanga alterato.

64. Nè dee pretermettersi, che nelle *azioni* veramente *possessorie*, sostenuto che ha taluno il *possesso*, p. e. di una servitù o di un fondo, come *fine* del giudizio, il *dritto* è tutto suo, e s'egli non ne usa, non può il *reo convenuto* chiedergliene conto. Ma immaginiamo che il *salvianista* il quale ha ottenuto il *quasi-possesso*, voglia lasciare inculto il fondo, egli ne dee render conto niente meno che allo stesso debitore, perchè tradirebbe in tal modo il *fine* per lo quale è stato costui scacciato dal fondo. Il creditore non possiede che a nome del debitore per soddisfarsi del credito: non è il possesso vero, ma l'*amministrazione* e la *delegazione de' frutti* che gli è deferita.

65. Ne' dominii di qua del Faro il *quasi-salviano* era l'elemento principale del giudizio di *assistenza*, e l'*amministrazione* non era del creditore, era *giudiziaria* (*sup.* § 50). *Modi e forme* anche questi. Per lo che la prammatica stessa *De assistentia*, che nelle antiche collezioni figurava in un titolo a parte, fu poi collocata come XVI nel titolo *De ordine et forma iudiciorum*. In questa è *sancito* il *quasi-salviano*. E l'autore stesso, che anche combattendo rispettiamo, non lo chiama altrimenti che *mezzo giudiziario* 1), *vera azione* intesa a farci acquistare in giudizio ciò che a noi è dovuto 2), ed *azione nascente dall'ipoteca, per mezzo della quale il creditore otteneva il possesso della cosa ipotecata, acciocchè co' frutti si soddisfacesse del credito* 3). Non diciamo noi forse la cosa medesima?

66. Ma egli ripiglia: se il *quasi-salviano* fosse *procedura*, non sarebbe che *forma*. Esso però si potea sperimentare in molti e molti giudizii, d'indole ben diversa fra di loro; e non è *forma*, *ciò che può esser materia di molte forme* 4).

67. Quando per *forma*, o sia *formola*, s'intende *atto di procedura*, la voce *forma* non ha il significato delle scuole. Il *quasi-salviano* nel senso di *atto giudiziario*, ha la sua *materia*, ed ha pur la sua *forma* nel senso delle scuole; e questa *materia* così *conformata* constituisce quella ch'è detta formola di procedura. Quando dunque esso si unisce ad un'azione affine, non è una *materia* nel senso scolastico di subbietto e *sostrato* di *forma;* ma è una *materia conformata* ad *atto di procedura*, la quale può aggiungersi e dar forza ad altra *materia conformata* ugualmente ad atto di procedura. — E tolta la vanità delle voci, è una *azione* che si aggiunge ad altre *azioni;* e di molte può farsene una sola, siccome abbiam rilevato nel giudizio di *assistenza* (*sup.* § 49).

68. Per conchiudere in somma, noi concediamo, che il *quasi-salviano* ha per *principio* e per *fine* un *dritto* del *creditore*. La *forma* però dell'azione (*sup.* § 57), il *precetto* (§ 58), il *quasi possesso* (§ 59), o sia l'amministrazione de' fondi ipotecati che si concedeva al creditore, erano *mezzi giudiziarii* per ottenere il *fine* che a quel *dritto* risponde. Son dunque parti varie di procedura che posson esser prescritte di questo modo o di un altro, che possono più o meno accelerare o ritardare quel *fine*, e far l'esperimento del dritto a fronte di molti o di pochi, e con uno o con altro mezzo; ma cangiarne l'essenza non mai. A queste *forme* si ha *dritto*, lo so; ma è *dritto* alla *procedura*. Quale adunque sarà questa? Come s'instituirà l'azione? Quali saranno i termini del precetto? Come si regolerà l'amministrazione ed il possesso del fondo? Le leggi di *competenza* e di *procedura* sono le sole che lo definiscono secondo i tempi, ed esse appartengono per la maggior parte più al *dritto pubblico*, che al *dritto privato*. Ed appunto per ciò, del suo *dritto propriamente detto* ognuno può far uso con trarlo ad effetto o rinunziarvi (*sup.* § 54); ma della tal procedura non è in balia del privato l'usare, quando l'*autorità pubblica* l'avesse cangiata.

69. Tutto ciò fa conoscere qual parte del *quasi-salviano* debba rispettarsi, ad onta dei cangiamenti legislativi dopo il contratto; e quale poi sia soggetta a tutte

1) Fodera', *op. cit.* pag. 34.
2) Idem, pag. 30, 35, e *passim* in tutta l'opera.
3) Fodera', pag. 55.
4) Idem, p. 67. È il vero trarre il sottile dal sottile.

le fasi di tali cangiamenti. Volgiamoci intanto alla nuova legislazione per osservare come questa *materia*, non solo in quanto al *dritto*, ma anche in quanto alla *procedura*, vi sia stata compiutamente trattata.

CAP. V.

PARTE TERZA.

Come la materia dell'utile-salviano formi oggetto delle disposizioni delle nuove leggi.

70. Intendiamo dimostrare che la *materia* del *quasi-salviano* forma oggetto particolare delle disposizioni delle nuove leggi; e che quindi le disposizioni delle leggi antiche sieno state in ciò abolite.— Il signor Foderà nel sostenere il contrario, viene non per tanto a concedere che possa nell'*anticresi* delle nuove leggi ricercarsi qualche cosa di simile al *quasi-salviano*: l'*anticresi* (egli dice) non è altro secondo le nuove leggi, che un *quasi-salviano convenzionale* 1). Questo però non può ammettersi.

71. Perciocchè l' *anticresi*, secondo le nuove leggi, non dà per sè stessa alcuno *ius in re*: è una semplice *delegazione di frutti*, un *ius ad rem*, un *dritto mobiliare*, principio di mera *azion personale*; perchè non tende ad altro che alla percezione de' frutti i quali sono annoverati fra' *mobili* 2). Quindi è che un *creditore chirografario*, il quale certamente non ha alcun *dritto nella cosa*, può ben sequestrare nelle mani del *creditore anticretico* i frutti pendenti, non potendo la delegazione aver effetto che a misura che i frutti scadono e si percepiscono 3). Il confronto dunque del *quasi-salviano* con l'*anticresi* fa perdere al primo la qualità di *azion reale*, principal fondamento su cui si affida la opinione contraria alla nostra.

72. Che se l'*anticresi* fosse un *quasi-salviano convenzionale*, il *quasi-salviano* sarebbe un *anticresi giudiziaria*; e la differenza starebbe solo in quella che diversifica il *giudizio* dalla *convenzione*. Or la *convenzione* può accordare il percepimento de' frutti per quel tempo che si vuole. Ma, trattandosi d' *immobili*, il giudice non può oggi accordar dritto sui *frutti* che quando sono *attaccati al suolo*, e ciò con molte limitazioni 4); poichè staccati, essi son *mobili*, i quali non ritengono impronta alcuna particolare di questo o di quel fondo, e vanno in casa e in magazzino confusi con le altre cose mobili. Oggi dunque la pretesa *anticresi*, ottenuta *per via giudiziaria*, non potrebbe esser altro che il *sequestro de' frutti attaccati al suolo*, ma senza proseguimento di percezione. il che toglierebbe al *quasi-salviano* l'altro suo carattere della continuazione del quasi-possesso fino all'estinzione del debito.

73. L' *ipoteca* certamente non è stata mai essenziale all'*anticresi*. Le leggi antiche le univano talvolta insieme 5). E noi possiamo far l' istesso; ma allora l'*azion reale* nasce dal patto *ipotecario*, non dal solo patto *anticretico*; od in questo caso, o che vi sia, o che non vi sia l'*anticresi*, la quistione intorno al *quasi-salviano* non è risoluta dalle leggi anticretiche, perchè dipende unicamente dal *diritto ipotecario*, diritto reale che assorbisce e regola ogni dritto minore che ne dipende 6).

74. Non dunque nel trattato dell'*anticresi*, ma nel trattato delle *ipoteche* dobbiam ricercare la *materia* della quale ragioniamo. Lo stesso signor Foderà si sottoscrive non pure alla sentenza del Fachineo, che il *quasi-salviano* non compete che ne' casi ne' quali compete l'*ipoteca* 7), ma a quella del Sanfelice, che l' uno non differisca dall' altra che nella pruova degli estremi 8). Tal *materia*, siccome ogni altra *materia di legislazione positiva*, si distingue in *due*; *dritti* che il *quasi-salviano* garentisce, e *procedura*, o sia modi secondo i quali li garentisce. Nelle vecchie leggi era facile il con-

1) Foderà', *detta opera*, pag. 82.
2) Delvincourt, Cours de code civil, all' *art.* 2071 *nota* 2; ed all'art. 2085 *nota* 1, ediz. di Parigi del 1819, vol. 3, pag. 665 e 674.
3) Idem, ibid.
4) Art. 717 ll. di pr. civ. nap.
5) *Mutuus pignoris usus pro credito*, L. 11 § 1, D. XX, 1, *De pign. et hypothecis*.
6) Art. 1961 ll. cc.
7) Foderà', *op. cit.* pag. 33 e 34.
8) Idem, pag. 52.

fondere la *procedura* col *dritto* propriamente detto; poichè sovente uno stesso titolo, una stessa legge trattava dell' una e dell' altro: ma la sapienza del nostro Augusto Legislatore ne ha fatto due parti distinte del suo codice, ed è impossibile turbarle ora e confondere (*sup.* § 55). Il giureconsulto che l' una e l' altra disponesse in ordine in un solo trattato, ne presenterebbe il più compiuto sistema, ma di niuna d'esse potrebbe cangiar mai la natura.

75. E cominciando dal *salviano* propriamente detto (*sup.* § 27), il *dritto privilegiato* che hanno i padroni sulle cose *invectae et illatae* da' coloni ne' fondi rustici, è sancito dall'*art.* 1971 delle *ll.* cc. anche riguardo a' *terzi;* e gli *art.* 673 e segg. delle *ll. di proc. civ.* già disegnano il modo ed il rito ond'esercitare tal dritto. La materia dunque del *salviano* propriamente detto, così per il *dritto*, come per la *procedura*, forma evidentemente oggetto delle disposizioni delle nuove leggi.

76. In ordine poi al *quasi-salviano*, il *diritto* de' *creditori ipotecarii* per essere soddisfatti anche dagli *accessorii* do' fondi ipotecati, è sancito dall'*art.* 2004 delle *ll.* cc.; e già l'*art.* 472 delle leggi medesime avea chiamato *accessorii* d' un fondo i *frutti* di esso; e l'*art.* 2118 scioglie il fondo dall' ipoteca, ove i frutti di un anno soddisfacciano al debito. E quali sono, se non son questi, i principali dritti su' quali è fondato il *quasi-salviano?*

77. Vengono le *leggi di procedura*. Gli *art.* 717 e segg. determinano il modo come sequestrare i *frutti attaccati al suolo*. Dritto sì fatto cessa in ogni creditore, tosto che alcuno si è incamminato per la via della *spropriazione*. In questa gli *art.* 735 e *segg.* danno la forma del *solvat, solvant* di Cicerone (*supra* § 17 e 58) o sia del precetto preliminare; gli *art.* 766 e segg. regolano la raccolta e l'amministrazione de' frutti, e fissano le forme per le quali essi seguono le *affezioni ipotecarie* del suolo. E siccome i *mobili* per le nuove leggi sono esenti d'*ipoteca*, ed i frutti, tosto che sono staccati dal suolo, perdono la qualità di essere *accessorii* al fondo ipotecato (*sup.* § 71), così i creditori, benchè avessero pegnorato il fondo, perderebbero il loro *ius in re* sopra di essi. A questo male rimediò l'antica giurisprudenza coll'accordare il *quasi possesso* del fondo al creditore. Vi rimedia la legge nuova con accumulare i frutti in un deposito, e considerarli come *immobili* ond'esserne il prezzo unito poscia al prezzo del fondo.

78. Se adunque non vi fosse questa disposizione di legge di considerare come *immobili* i frutti già percepiti, ciascun creditore, ed anche i chirografarii, potrebbero andarli a sequestrare come *mobili* appartenenti a' loro debitori; ed i *creditori ipotecarii* perderebbero il dritto loro, nè avrebbero privilegio o ipoteca da vantarvi. Al permesso dunque che al creditore ipotecario dava il *quasi-salviano* di far proprii i frutti e godere il fondo, onde metter quelli a conto del debito, il nuovo rito sopperisce con l'*immobilizzazione*; mezzo più forte, il quale non permette mai che i creditori *non ipotecarii*, o *non inscritti*, o *non concorsi* al giudizio di spropriazione, possano su' frutti, o pendenti, o raccolti, turbare il dritto di chi ha già spiegato il suo *ius in re* sopra il fondo in tutta la sua interezza (*sup.* § 10 e *segg.*).

79. Pone a queste disposizioni il suggello l'*art.* 434 delle *leggi di eccezione.* Questo ed i seguenti tolgono di dritto al fallito l'amministrazione de' suoi beni, e ne investono i creditori rappresentati dagli agenti e dai sindaci, nelle cui mani vanno a raccogliersi tutti i frutti e le rendite del fallito, a fin di servire alla soddisfazione de' suoi debiti.

80. E per chi può credere che l' *ipotecaria* ed il *quasi-salviano* fossero state due azioni diverse, è assai marcabile, che nel *carattere del giudizio* e nella *pruova degli estremi* (*sup.* § 73) l' *attuale ipotecaria* somiglierebbe più all'antico *quasi-salviano*, che all' *ipotecaria* antica. Poichè l'*attuale ipotecaria* corre sempre in *via sommaria*, anche pei suoi più gravi incidenti, e sul principio non guarda altro se non, se il fondo ipotecato era *in bonis* del debitore quando costui contrasse l' obbligazione, e se lo sia attualmente 1): i titoli del dominio del debitore non debbono discutersi, che nel caso di

1) Art. 760 ll. di proc. civ. nap. — V. *sup.* § 37 e 51.

richiamo de' terzi, e di collisione de' loro diritti co' diritti dello spropriante, o del debitore 1).

81. Nè son diversi i principii quando i beni si trovano in mano di un *terzo*. Se costui non ha purgato il fondo dalle ipoteche, resta obbligato *per la sola qualità sua di possessore* a tutti i debiti ipotecarii; nè altro può farsi che tosto ordinare: *aut pecuniam solvat, aut de hypothecis decedat*, cioè, o paghi, o rilasci; ed il giudizio n'è anche *sommario* come nel *quasi-salviano* 2). Che s' egli ha adempito alle forme della *purgazione* da ogni privilegio o ipoteca sul fondo acquistato, allora soltanto potrà opporre il suo titolo, ed opporre il *dritto di proprietà* al *dritto del pegno* di altro creditore (*supra* § 42 e 63).

82. Qual'è dunque in tutto ciò la differenza tra il vecchio *quasi-salviano* e la nuova legislazione ipotecaria? Niuna relativamente al *dritto*. Percioccliè nella nuova sussistono tuttavia i tre principii: I, che i frutti del fondo ipotecato debbono anch'essi rispondere del debito; II, che questi cessano di appartenere al debitore ed ai suoi *aventi-causa*, ancorchè per *contratto anticretico* (*sup*. § 70); e ciò tosto che il creditore vi spiega giudiziariamente il suo *dritto;* III, che vi basta, come bastava al *salvianista*, il dimostrare il fatto, che il fondo era *in bonis* del debitore nel tempo della contratta obbligazione.

83. Relativamente poi alla *procedura*, quando non insorgano quistioni di proprietà, o di poziorità e di efficacia del *titolo creditorio*, le quali cangiavano una volta il *quasi-salviano* in *vera ipotecaria* (§ 41), anche adesso rimane il giudizio non solo col *debitore*, ma anche coi *terzi*, nella stessa qualità di *sommario*, e potrebbe alcun dire di *quasi-salviano* e di quel *possessorio* che dissero gli antichi forensi. Che se per le nuove leggi di procedura molto impropria qui sarebbe la voce di *giudizio possessorio*, non meno impropria ed abusiva l'abbiam dimostrata essere stata nel fòro sotto l'impero delle antiche; e gli stessi amatori del *salviano* sono con noi (*sup*. § 31).

84. Se nòn che una volta cominciava questo giudizio col *precetto* che profferiva il giudice; oggi col *precetto* che impone un ufiziale ministeriale: una volta seguiva al *solvat* la descrizione de' beni e lo stato loro fruttifero per toglierli legalmente dall'amministrazione del debitore; oggi si fa il medesimo col *pegnoramento:* una volta venivan questi beni consegnati al *creditore*, non già come a padrone, ma come ad amministratore, e perchè facesse interamente suoi i frutti a conto del suo proprio e particolare credito; oggi si consegnano anche ad un *amministratore*; ma in qualità di *sequestratario giudiziario*, ancorchè costui sia il debitor medesimo, e sempre per lo stesso fine di far conserva de' frutti a conto del debito: una volta il creditore imputava anno per anno questi frutti a suo pro; oggi questi s'*immobilizzano*, e se ne fa un'accumulazione giudiziaria per profitto suo e degli altri: una volta cessava il giudizio quando il percepimento de' frutti era stato sufficiente al debito; oggi cessa di dritto quando un'annata di frutti sia a ciò sufficiente, o quando lo sieno i frutti *immobilizzati* lungo il corso del giudizio medesimo. Questi sono i rapporti, queste le differenze tra le due legislazioni. Ciascuno può da sè ricercare dove l'utilità pubblica, dove la sicurezza del creditore sia maggiore; se nella incertezza di un *possesso momentaneo*, o nella stabilità della *immobilizzazione* de' frutti. Qui diciamo soltanto, che queste sono differenze solo nella *procedura*; mentre nel *dritto* fra le leggi nuove e le vecchie vi è *identità*, non che *simiglianza*.

85. Quali però sono i principii di queste differenze? Due soli: la pubblicità del giudizio, e la necessità di chiamarvi tutti gl'interessati. L'antico *giudizio ipotecario* cominciava sempre, e poteva talvolta proseguire fino all'ultimo, tra un *solo creditore* ed il *debitore;* tal che le dispute di coloro che facevan richiamo della proprietà, o esperimento di altri dritti *in re*, non venivano ordinariamente che dopo (*sup*. § 52). Oggi la necessità della *trascrizione*, la citazione preliminare de' creditori anteriori e poziori, gli affissi pubblici, le citazioni per la graduazione, tutto annunzia fin dal principio, che il giudi-

1) Art. 812 ed 813 delle leggi medesime di pr.

2) Art. 2062 e segg. ll. cc. — V. *supra*, § 40.

zio non è più particolare tra un creditore ed il debitore, ma è essenzialmente universale fra tutti gl'interessati. I mezzi dunque non posson più esser *parziali*, nè *individuali*, come è il *possesso* o il *quasi-possesso* 1); ma più universali, debbono corrispondere alla garentia degl'interessi di tutti i creditori che possono esser chiamati ad avervi parte.

86. Da ciò avviene che tutto il procedimento dee necessariamente portar l'impronta di carattere sì universale. Tal che immaginando che questa parte di nuova procedura si fosse aggiunta alla procedura del vecchio *quasi-salviano*, improvvida anche in questo caso sarebbe stata l'*immissione in possesso* di un solo creditore; ma sarebbe stato necessario di pensare a tempo, e fin dal cominciamento, ai richiami di proprietà che far potevano i terzi, ed al concorso degli altri creditori; e per non pregiudicare ai di costoro dritti, surrogare a tale *immissione* di un solo, il *deposito* e l'*immobilizzazione* de' frutti, o tal altro mezzo, che salvasse l'interesse di ciascuno. Così il mezzo avrebbe potuto rispondere al principio ed al fine, secondo ch'era indicato dalla necessità e dalla natura della cosa 2). Anche la *provvisionale* dell'attuale giudizio ipotecario, per la quale s'*immobilizzano* i frutti de' fondi sequestrati, può in molti casi, e particolarmente ove estranei ed altri creditori non compariscano, diventare il termine del giudizio stesso; e se non lo è frequentemente, ciò nasce perchè oggi si è aperto un varco più ampio allo sperimento di quelle ragioni che aver si possono da molti sul fondo, e che anche sotto l'impero delle vecchie leggi volgevano il *quasi-salviano* in *ipotecaria* (*supra* § 24, 38, 41).

87. Facile è dopo di ciò la risposta ad una difficoltà, per la quale si cerca tuttavia sostenere che l'attuale giudizio ipotecario non abbia alcun rapporto con l'antico *quasi-salviano*. — « *Due fini* non solo *diversi*, ma *opposti tra loro* sono « quello dell'*utile-salviano*, e quello del « *pegnoramento degl'immobili*. Il primo « non toglie al debitore che il *possedimento dell'immobile*, il secondo la *proprietà*; il primo rende il creditore *percettore de' frutti*, il secondo *padrone del capitale*; il primo *conserva*, il secondo *distrugge* 3) ». — Disgroppiamo alquanto queste sì complesse proposizioni.

88. In primo luogo non sono termini fra loro perfettamente opposti *utile-salviano* e *pegnoramento d'immobili*. Per *utile-salviano* s'intende non solamente il *dritto* del creditore ipotecario, ma tutta la serie degli atti antichi di procedura dal *solvat* fino al ritorno del fondo nelle mani del debitore, cioè a dire fino al passaggio del *quasi-salviano* nell'*ipotecaria* (§ 57 e *segg.*). All' incontro il *pegnoramento* non è che un atto solo, un punto di tutta la serie degli atti del giudizio ipotecario, che noi abbiamo a quelli del *quasi-salviano* contrapposta. Convien progredire per molti altri atti fino alla *provvisionale* dell'*immobilizzazione dei frutti*; e solamente così si possono trascorrere gli anelli tutti della nuova procedura che hanno coll'antica rapporto.

89. In secondo luogo non è vero che il *fine* del *pegnoramento* sia togliere la proprietà. Il *fine* che il creditore si propone nel *pegnoramento*, è di esser pagato o da' frutti, se bastano, o dal prezzo, se il fondo dee vendersi. Egli così riunisce il *quasi-salviano* e l'*ipotecaria* (*sup.* § 83). Anzi l'*immobilizzazione* de' frutti nel primo caso, e la *vendita del fondo* nell'altro, egualmente che il *pegnoramento* stesso, il quale è il punto comune dal quale tanto l'immobilizzazione, quanto la vendita provengono, non sono altro che *mezzi* (*sup.* § 63).

90. In terzo luogo non può reggere la proposizione che il *pegnoramento* rende il creditore *padrone del capitale*. Se per *capitale* s'intende il *credito*, il creditore lo ricupera solo quando vien soddisfatto; e lo ricupera così, tanto col *quasi-sal-*

1) *Contra naturam quippe est, ut tum ego aliquid teneam, tu quoque id possidere videaris.* L. 3 § 5. D. XLI, 2, *De adquir possess.* — *Neque injustae, neque justae possessiones duae concurrere possunt.* L. 19, D. XLIII, 26, *De precario.* Il possesso è un fatto: il nome, disse Labeone, è *a sedibus, quasi positio.* Dove io pongo fisicamente il piede, non può nel tempo stesso tenervolo un altro. — V. *sup.* § 31.

2) Primo ne medium, medio ne discrepet imum.
Hor. *De arte*, v. 152.
Al principio risponda il fine e il mezzo.
Petr. Son. 59.

3) Parole del Fodera', *op. cit.* pag. 69.

viano, quanto coll' *ipotecaria*: non mai però lo ricupera col *pegnoramento*. Perciocchè con questo il creditore si avvia semplicemente all'esercizio del suo dritto, senza diventar padrone di nulla. Che se poi per *capitale* s'intende il *fondo* stesso pegnorato, non solo il *pegnoramento* non ne fa padrone il creditore, ma nol fa tale alcuna provvisionale, nè alcuna decisione definitiva dell'intero giudizio ipotecario: questo mira, non a dare il fondo al creditore, ma a farlo vendere, onde soddisfare il creditore dal prezzo (*sup.* § 9 a 14). Che s' egli stesso ne divien mai *aggiudicatario*, ei lo diviene come ogni altro compratore estraneo, a cui passano tutti i debiti ipotecarii sul fondo.

91. Dal che si scorge che non sembra esatto il contrapposto; il *salviano conserva, il pegnoramento distrugge.* Anzi il *salviano* attribuisce i frutti al *salvianista*; e perciò per quanto concerne i debitori, può dirsi ch'ei *consumi* e *distrugga* almeno i frutti. Il *pegnoramento* all'incontro non distrugge nulla; perchè nulla attribuisce: esso è piuttosto un atto di conservazione de' dritti, così del debitore, come de' creditori; perchè non il *pegnoramento*, ma la decisione che scioglie il *pegnoramento*, è l'atto giudiziario il quale aggiudica a' creditori il prezzo del fondo, insieme col prezzo de' frutti percepiti nel corso del pegnoramento.

92. Chiaro è dunque, che il *dritto* il quale si esercitava col *quasi-salviano*, è tutto passato nelle disposizioni delle attuali *leggi civili:* il *modo* di esercitarlo è diverso; ma questo è nelle *leggi di procedura*. La somma della differenza è, che per la procedura antica il giudice nel *quasi-salviano* pronunziava *provvisionalmente*, potere il creditore percepir egli stesso, ed attribuire a sè i frutti a conto del suo credito; per la nuova il giudice ne ordina anche *provvisionalmente* un'accumulazione ed un deposito, onde attribuirli dopo. Se però vi è contrasto fra i creditori, o se il deposito accumulato de' frutti non basta, o se vi è quistione di altri dritti *in re* sull'immobile, si passa tosto nella nuova legislazione, come si passava nell'antica, dalla *provvisionale* al giudizio del *merito*, o sia allo sperimento definitivo dell' *ipotecaria* nell' interesse di tutti (*sup.* § 41 *in fin.*). Nè altro è questo, nè può esser altro che *rito*.

93. A che dunque combattiamo più per vane parole? Se vi ha chi vago delle vecchie cose sospira ancora dietro il *quasi-salviano*, sia tranquillo, ci l'ha presso. Nè già per sostenere la vecchiezza di lui, fa mestieri di scendere a turbare il silenzio di polverosi sepolcri, ond' evocarne l'ombra d'un Barbagalli, d'uno Scapuccino. Quai nomi, quai cadaveri, buon Dio! Già dal *quasi-salviano* per sola forza della nuova legge

Pulsa fugit macies, abeunt pallorque, (situsque;
Adiectoque cavae supplentur sanguine (venae;
Membraque luxuriant 1).

Non bastano forse le controversie animate che questo lussureggiante vigore nelle giovani cose produce, per volervi aggiungere anche i tristi ravvolgimenti di scolastiche e viete disquisizioni 2)?

94. Ma se la cosa è sì chiara, donde mai derivano gli esempii delle cose giudicate nelle corti di appello di *Torino* e di *Nimes?* Con questi esempii che si allegano in contrario, si cerca redintegrar la pugna, sostenendo più fortemente che il *quasi-salviano* non formi oggetto delle disposizioni delle nuove leggi: e vi si aggiunge ch'egli è un *dritto acquistato* con le leggi antiche, il quale per le nuove non può esser distrutto. Or noi innanzi tratto considereremo sì fatti esempii di cose giudicate sotto il primo aspetto, e come un'*appendice* di questo *capitolo*. Confutarli poi sotto il secondo aspetto, formerà la conchiusione del nostro lavoro.

CAP. VI.

APPENDICE AL CAP. PRECEDENTE.

Esempii di cose giudicate.

95. Le decisioni che si allegano a favore de' *salvianisti*, sono tre, due della

1) Ovid. Met. VII, 290.
2) V. *supra* i §§ 43 e segg. per iscorgere quanto involta e nodosa ed incerta era la procedura del *quasi-salviano*.

corte di appello di *Torino* del 26 giugno 1804 1), e del 17 gennaio 1807 2), la terza della corte di *Nimes* del 9 gennaio 1805 3). Ma a *Demostene* prefetto del pretorio, che dava troppo peso agli altrui giudicati, GIUSTINIANO rammentò l' antica sentenza, *non exemplis, sed legibus judicandum* 4). E prima di lui COSTANTINO avea rescritto a *Procolo*, che anche quando l' uso di giudicare era così uniforme che potesse dirsi convertito in consuetudine, non dovea mai riputarsi di tanto momento, che *aut rationem vincat*, *aut legem* 5).

96. Ciò che dunque si ricerca in primo luogo perchè le cose giudicate facciano autorità nella interpretazione della legge, è che la legge sia *ambigua* ed *oscura* 6); il che certamente non è nel caso nostro. Si aggiunge in secondo luogo che le tre decisioni le quali si allegano in contrario, ancorchè non si guardino sotto altro aspetto che del tempo e delle circostanze in cui vennero pronunziate, non hanno alcuna ragione di simiglianza, non che d' identità, col tempo e collo stato della nostra quistione 7). In ultimo esse non sono state mai riprodotte più, nè seguite; e in conseguenza lor manca il terzo requisito *rerum perpetuo similiter judicatarum* 8).

97. Delle quali tre proposizioni, la prima ha avuta la sua dimostrazione nel *cap.* precedente, ove abbiam veduto come la materia del *quasi-salviano* sia stata in tutti i suoi particolari trattata nelle leggi nuove. Ancorchè dunque le tre decisioni dicessero non esser questa *materia* quivi trattata, non potranno mai vincere l' evidenza del fatto nè la legge.

98. Nè vale a rendere *ambigua* ed *oscura* la legge, che di tutta la *materia* qualche antica disposizion particolare non si sia riprodotta a nominatamente abolita. Anche presso gli antichi la pubblicazione di nuove leggi produceva ne' tribunali la stessa difficoltà. ULPIANO ne lasciò un documento nel suo *lib. 18 ad edictum*. Molte leggi, dalle XII tavole in poi, avevano indicati e repressi i *danni per ingiuria*. Venne finalmente la *legge aquilia*. Si domandò, *quid juris* pei casi contemplati in alcuna delle leggi vecchie, o non riprodotti dalla nuova? Tutta la *materia* de' *danni per ingiurie*, rispose ULPIANO, tutta è trattata nella *legge aquilia*, e non può dirsene *ambigua* l' abolizione, solo perchè alcune leggi antiche non si sono riprodotte. Anzi appunto per ciò esse si intendono abolite: *quas leges nunc referre non est necesse* 9).

99. Del pari in Francia nei primi tempi della nuova legislazione, per ogni nome antico di legge non riprodotto ne' nuovi codici, si disputò se la cosa con tal nome disegnata avesse formato *materia* delle loro disposizioni. Così p. e. la legge del 2 fiorile, anno 2, avea punito come gravi reati alcune azioni contro gli agenti dell' autorità pubblica, sulle quali poi il codice penale fu muto. Qualche tribunale credette quelle azioni una materia non trattata dalle nuove leggi, e quindi pronunziò non abolita contro di esse la legge del 2 fiorile. Ma il consiglio di stato osservò, che il codice aveva una *sezione* espressa, intitolata: *Resistenza*, *disubbidienza, ed altri mancamenti contra l'autorità pubblica* 10); o quelle azioni entravano in tal categoria. La *materia* dunque, o sia il subbietto al quale esse appartenevano, era stato regolato dal codice. Fu quindi deciso non esser *dubbio* nè *oscuro*, che lo azio i tutte di questo genere, quando la *sezione* del nuovo codice non ne parli nominatamente, debbano dirsi cancellate dal numero de' reati 11).

100. E venne stabilito in massima « che

1) Nella causa *Zuy-Zavalleri*, *Saint-Martin*, *Garresia*, e *Sindaci del collegio de' castui creditori*

2) Tra *Testa*, *Racchia* ed *Audesia*.

3) Tutte e tre riportate dal FODERA', pag. 58 e segg.

4) L 13, C. VII, 45, *de sent. et interlacut.* — Ed a chi citava l'esempio de' tribunali della capitale del manda, PROCALO rispandeva: *nan spectandum est quod Romae factum est*, *quam quod fieri debeat*. L. 13, D. I, 18, *De aff praesidis*.

5) L. 2, C. VIII, 33, *Quae sit longa consuetudo*.

6) *In ambigua voce legis*, *in ambiguitatibus quae ex legibus praficiscuntur*. L. 19 et 38, D. I, 3, *De legibus*.

7) *Ad similia pracedere*, è il requisito che richiede per l'autarità delle cose giudicate la l. 12, D. I, 3, *De legibus*.

8) L. 38, D. I, *De legibus*. — FODERA', pag. 96.

9) L. 1, D. IX, 2, *Ad legem aquiliam*.

10) Lib. 3, tit. 1, cap. 3, sez. 4, cad. pen. fr.

11) Avvisa del consiglia di stato di Francia del 4 febbraia 1812 — MERLIN repert. alla vace *Offense à la lai* — Decreto del 19 febbraia 1813 riportato da SIREY, XIII, 1, 250.

« debbano tenersi per abrogate tutte le « antiche leggi, tutti gli antichi regolamenti, che riguardano *materie* regolate « dal codice, anche quando queste leggi « e questi regolamenti prevedessero casi, « i quali pretermessi dal codice stesso, « vi si riattaccassero e potessero starvi « insieme. Non possono certamente dirsi « trattate le *materie*, sulle quali il codi- « ce racchiude qualche disposizione spar- « sa e staccata e non formante un *siste-* « *ma compiuto di legislazione*. Così p. « e. debbono dirsi non trattate dal codi- « ce penale, ma esistenti ancora dopo di « esso, le leggi ed i regolamenti foresta- « li, doganali, di polizia delle case da « giuoco, ed altri: non mai però quelli « i cui casi rientrano in una categoria e « rubrica ch'esiste nelle nuove leggi, sì « che queste ne contengano e ne svolga- « no a fondo tutta la *materia*. Che se « non vi si trova qualche disposizione par- « ticolare statuita nelle vecchie leggi, que- « sto solo è una pruova che il legislato- « re ha voluto abrogarla » 1).

101. Non fa però maraviglia, che nel 1804, nel 1805, e nel 1807 qualche corte o tribunale de' dipartimenti aggregati alla Francia, illuso da' nomi, avesse potuto credere che il *quasi-salviano*, o qualche cosa simile al *quasi-salviano*, non formasse oggetto delle nuove disposizioni del codice. La novità rendeva a molti *ambigua* ed *oscura* ogni cosa. Le stesse dispute noi troviamo intorno alle *donazioni* e intorno a' *testamenti*; e ciò che era particolar disposizione della legge antica sopra d'una *materia*, fu presa facilmente per *materia* e *subbietto principale*. Ma quando finalmente si stabilì che i rami di un sistema cadon tutti con esso, e che non possono più nella loro prima figura sussistere, ove il tronco da cui provenivano era stato trapiantato o distrutto, la quistione si ridusse tutta a vedere, se quello di cui si disputava fosse un *tronco* o *ramo*; cioè se fosse *genere*, *sistema* e cosa *sussistente da sè*, oppure dipendenza e disposizione parziale di un sistema. Or può mettersi in dubbio che il *quasi-salviano* non sia stato che un ramo dell' antico *sistema ipotecario* 2)? Può mettersi in dubbio che nelle nuove leggi il *regime ipotecario* formi un sistema intero e compiuto di legislazione? Invano dunque il *quasi-salviano* si vuol far oggi sussistere nella sua vecchia figura, anzi col vecchio suo nome, sol perchè non si vede più nominato; invano si vuol dimostrare che qualche sua firma sia compatibile col nuovo sistema. Dato anche ciò per vero non possiamo più nominarlo, che per farne oggetto di erudite contese.

102. Sciolto ogni dubbio di *oscurità* o di *ambiguità* intorno all' abolizione dell'antica forma del *quasi salviano*, consideriamo ora le tre suddette decisioni (*sup.* § 95) sotto il secondo aspetto dell'epoca e delle circostanze in cui vennero pronunziate (*sup.* § 96). — Abbiamo osservato che il *sistema compiuto* di una legislazione si fa non solo con le leggi che fissano i *dritti*, ma anche con quelle che determinano la *procedura* o sia il *modo* onde esercitarli (*sup.* § 55 e 74). Ora in Francia il libro V del *cod. di procedura*, ov'è il compimento della *legislazione ipotecaria*, non fu pubblicato che nel dì 1 di maggio 1806, nè fu messo in esecuzione che al 1 di gennaio 1807 3), mentre il codice civile era stato già pubblicato e messo in attività nel 1804. Anzi le procedure instituite con l' antico rito vennero anche dopo il dì 1 di gennaio 1807 proseguite col rito medesimo 4). *Nîmes* dunque e *Torino* nel 1804, nel 1805, ed in gennaio 1807 pensarono unire il nuovo dritto col vecchio rito; e non avendo ancora una legge separata e distinta in ordine alla *procedura*, seguirono l'antica, e col codice nuovo la confusero.

103. Ed anche ne' dominii di qua del Faro il codice civile di Francia fu messo in attività tre mesi prima del codice di procedura. Così pure il compimento della forma delle *donazioni* e de' *testamenti per atto pubblico*, ch'era nel *regolamento notarile*, non fu posto in pratica che venti

1) Parole del suddetto avviso del 4 febbraio 1812.

2) Negusanzio, Merlino, ed altri, non ne trattano che nelle loro opere *De pignoribus et hypothecis*. — V. sup. § 65.

3) Art. 1041 cod. di proc. civ. fr.

4) Avviso del consiglio di stato di Francia del 6 e 24 febbraio 1807. Sirey, VII, 2, 54.

mesi dopo. In questi intervalli la necessità mescolò le vecchie forme al dritto novello 1), e non sempre senza taccia di mostruosità e d' incoerenza. Se ciò fosse avvenuto in Sicilia, ad onta del codice che aboliva l' antico sistema ipotecario, non sarci stato scandalezzato se si fosse ancora usato il *rito salviano*, quando la procedura non fosse stata ancora abolita. Per lo che la straniera giurisprudenza di questi tempi risentì tutta la incertezza dei primi passi di chi cammina per luoghi sconosciuti e con guide contrarie d' indole e di principii. Volerne ora trarre le cose giudicate ad esempio, sarebbe l' istesso che prender consiglio dall' infanzia.

104. Certo è che messo che fu in esecuzione il codice di procedura civile, quell' *immissione in possesso* secondo le antiche constituzioni locali, che il FODERA' crede simili al *quasi-salviano*, anche in *Nimes* ed in *Torino* cessò 2). E che i raccoglitori di siffatte decisioni l' avessero creduta anche allora più *mezzo di procedura*, che *dritto*, non lieve argomento è il titolo dell' opera nella quale inscrirono le decisioni medesime 3). Noto è però che esse non vennero in seguito nominate più, nè tratte ad esempio, nè passate in alcuna collezione di giurisprudenza universale.

105. Per evitare queste incertezze il nostro AUGUSTO LEGISLATORE pubblicò poi nel 1819 con un solo decreto tutto il suo codice, *Dritto* e *Procedura*; e prescrisse che sebbene qualche parte di esso avesse ottenuto prima la sua real sanzione, e qualche altra dopo, non debba mai dirsi l'una anteriore, e l' altra posteriore: l' intero codice dee considerarsi come *sanzionato e pubblicato nel medesimo atto* 4). La prima parte di questo codice presenta un sistema compiuto de' *dritti ipotecarii*; la terza, del *modo* e della *forma* onde esercitarli. La *materia* dunque n' è tutta regolata da esso. Per la qual cosa se le leggi nuove abolirono tutte le antiche *nelle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute ne' nuovi codici* 5), il *quasi-salviano* antico è tutto abolito, o sia è tutto conformato al nuovo rito.

106. Nulla dunque (si ripiglia) nulla dell' antico *quasi-salviano* costituirà un *dritto acquistato*, tal che almeno nelle antiche ipoteche debba esserne temporalmente conservata oggi una parte? Questo è il soggetto del *cap.* seguente.

CAP. VII.

QUARTA PARTE.

Dritti acquistati sotto l' impero delle antiche leggi relativamente al quasi-salviano.

107. Di tutti i *dritti* che possono vantarsi alla *procedura* del *quasi-solviano*, quello che solamente è a cuore di chi ancora lo invoca, è l' *immissione* del creditore nel *quasi-possesso dei beni ipotecati*. Ma *in primo luogo* la natura di questo dritto è tale, che non essendo un *dritto propriamente detto*, non può più mantenersi vivo nell' abolizione della *procedura* che lo sosteneva: *in secondo luogo*, ancorchè fosse un *dritto propriamente detto*, la sua conservazione sotto le nuove leggi è proscritta: *in terzo luogo*, ancorchè una tal proscrizione fosse incerta, la *immissione* che ancor si desidera, non è compatibile colle altre disposizioni della nuova legislazione. — Entriamo a parte a parte in queste dimostrazioni.

108. Il *primo assunto* è una conseguenza di quanto sopra abbiam dimostrato. *Triplice* è il *dritto propriamente detto*, il quale in ordine al *quasi-salviano* posson dire i *creditori ipotecarii* di aver acquistato sotto le antiche leggi (*sup.* § 82): il resto, ed in ispezialità la vantata *immissione in possesso*, è modo di esecuzione, e procedura (*sup.* § 57 e *segg.*). Ma quel *dritto triplice*, tutto quanto esso

1) *Necessitas constituit ius*, L. 41, D. I, 3, *De legibus*.

2) Decis. di *Nimes* del 21 febbraio 1821 in causa *Lafond*; di *Pau* del 20 marzo 1822 in causa *Lecroix*, ec. ec. — SIREY XXI, 2, 274. XXII, 2, 223.

3) Annales du code procedure civile par ROCCA e COLLER 1807.

4) Art. 3 della legge del 26 marzo 1819.

5) Così pure si espressero il decreto del 22 ottobre 1808, e la legge del 20 maggio 1809. Se non che, come sopra abbiamo osservato al § 103, nel 1 genn. 1809 si posero in attività le ll. civili: non così le ll. di procedura civ. che venner poste in attività tre mesi dopo.

è, è conservato nelle leggi nuove (*sup.* 76). Della *procedura* poi vi è conservato ancora l' andamento, ma non gli atti particolari; ed appunto all' atto particolare della *immissione in possesso* sono stati surrogati altri più forti, i quali sono in armonia con lo spirito in generale della nuova legislazione, e con le sue disposizioni particolari (§ 84). A questi dunque dobbiamo ora appigliarci.

109. Imperocchè non è nuova la teoria che le leggi di *competenza* e di *procedura* s' impadroniscono dei giudizii, anche pendenti, all' istante della loro pubblicazione 1). Anche nel dritto romano era costante la massima, che la *non retroattività* delle leggi non riguardava che il *dritto propriamente detto* (*sup.* § 54). *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari* 2); e Perezio avvertì, che la parola *negotium* significa qui non *lite*, nè atto di *forma* o di *ordine di giudizii*, ma *dritto propriamente detto*; poichè le leggi di forma e di ordine de' giudizii debbono eseguirsi colà per la tutela de' dritti acquistati prima di esse, come per quella de' dritti acquistati dopo: *tempus enim contracti negotii, non litis motae inspici debet*, NISI LEX SIT, QUE AD FORMAM ORDINEMQUE IUDICIORUM PERTINENT 3). Che se in Francia e ne' dipartimenti francesi questa regola soffrì qualche eccezione a motivo del divario del tempo in cui venne il codice di procedura promulgato (*sup.* § 102), le nostre leggi organiche hanno indistintamente statuito: *le forme e l' ordine da osservarsi ne' giudizii saranno regolate a norma del prescritto nel nostro codice sulla procedura civile e criminale* 4); nè fanno in ciò alcuna distinzione.

110. Qui dunque sarebbe finito il nostro lavoro. Ma anche la regola della non retroattività delle leggi in ordine a' *dritti propriamente detti*, ha le sue eccezioni: e la prima di esse è: *nisi nominatim de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit* 5). Or supponendo ancora che la suddetta *immissione* non appartenga affatto all' *ordine* ed alla *forma* del giudizio ipotecario, ma sia un *dritto propriamente detto*, noi intendiam dimostrare che la legge nuova è tale che non ne permetto l' esercizio (*sup.* § 107).

111. La legge nuova ne' *dritti ipotecarii* esige ch' essi sieno *conservati* nello *ufizio delle ipoteche* 6). Ma niuna ipoteca può esser conservata sotto le leggi nuove, se queste non ne tollerino l' esistenza o per regola generale o per eccezione. Or ci si dica: l' ipoteca sul *dritto d' immissione in possesso* è ella tollerata *per regola generale*, ovvero *per eccezione?*

112. Per regola generale le leggi nuove non tollerano ipoteca, se questa non è *speciale* sugl' immobili particolarmente disegnati nell' atto del contratto, ugualmente che sopra i suoi accessorii. Se dunque il percepimento de' frutti si prende come un *accessorio* ed una conseguenza dell' *azione ipotecaria*, il dritto ne è certamente conservato col dritto principale. Ma ammesso ciò, dee puro ammettersi che per ridurre ad effetto un tale accessorio della ipotecaria, l' azione per lo conseguimento di esso dee seguir l' andamento della ipotecaria stessa: il che ci mena al *sequestro* ed all' *immobilizzazione de' frutti*, non alla *immissione nel possesso* (*sup.* § 86); ed in questo caso per la via stessa che i contrarii sono ostinati a battere, non posson essi giungere che alla nostra conseguenza medesima.

113. Che se poi il *godimento* e la *detenzione*, e l' *amministrazione momentanea* del fondo in cui l' ipoteca è conservata, si prende come un dritto sussistente da se stesso, allora non essendo questo un *immobile*, che è la sola classe riguardata dalla regola generale, dobbiamo ricercare nelle eccezioni se vi sia modo per tal conservazione. Or comunque noi guardiamo la cosa, la legge nuova non dà alcun modo per conservar questo dritto sotto un tale aspetto. Non lo dà se si guarda la sua origine sotto le vecchie leggi; non lo dà se si guardano le disposizioni nelle quali ei ricade nelle leggi nuove;

1) Supplimento alla collezione delle leggi, serie civile, n. 8, 10, 11. — V. *sup.* il § 68.

2) L. 7, C. I, 14, *De legibus*. — *Transacta finitave ea de re rata sunto*, era la clausola che soleva accompagnare le leggi. L. 1 § fin. D, XXXVIII 17, *ad S. C. Tertyll. et Orph.* L. 229, *De verb. sign.*

3) Ad lib. I, tit. 14, Cod. n. 7.

4) Art. 215 l. organica 29 di maggio 1817 per Napoli, art. 237 l. 7 di giugno 1819 per la Sicilia.

5) D. L. 7 C. *De legibus*.

6) Art. 2040 e segg. ll. cc.

non lo dà se si guardano le formalità del passaggio dalle une alle altre.

114. Per quel che riguarda le leggi vecchie, noi abbiam dimostrato che anche sotto il loro impero, questo *godimento progressivo*, questa *amministrazione*, questo *quasi-possesso*, non era dritto ipotecario, ma modo di esercizio del dritto ipotecario medesimo (*sup.* § 59). Or dove non è *ipoteca acquistata*, non può essere *ipoteca conservata*.

115. Se poi si guardano le leggi nuove, abbiamo già osservato che per *regola generale* (*sup.* § 112) i soli immobili sono suscettibili d'ipoteca; e ne' dominii di qua del Faro la legge del 3 gennaio 1809 ammise *per eccezione* la conservazione delle ipoteche solamente sopra i *beni futuri*, sulla *universalità dei beni*, sulle *rendite costituite*, su' *canoni* e sulle altre *prestazioni redimibili* 1). A niuna però di queste rubriche la *immissione in possesso* del *quasi-salviano* appartiene.

116. Non appartiene a' *beni futuri;* perchè questi dovrebbon esser tali, che le nuove leggi vi ammettessero *ipoteca*. Ma il danaro contante, i nuovi crediti, i mobili acquistati dopo le nuove leggi, non entrano in rapporto alle antiche *ipoteche* fra que' *beni futuri* su' quali possan esse venir conservate. Se dunque il *quasi-salviano* non è che un dritto di amministrazione e percepimento di frutti, cosa tutt' altra che immobile, la quistione non è risoluta con l' indicazione di beni futuri.

117. Non appartiene alla *universalità de' beni ;* perchè o il *godimento* ed il *percepimento* de' frutti si considera da un lato come appendice del dominio nel debitore, e dall' altro come appendice del *dritto ipotecario* nel creditore, ed in questo caso l' *appendice del dominio*, e lo *appendice del dritto* seguono l'indole della nuova legge: poichè i modi di procedere e gli effetti del possesso e dell'amministrazione sono tutti da essa regolati: nè il debitore nè il creditore possono procedere nè amministrare altrimenti che nei modi e co' pesi e co'riguardi in essa stabiliti. O poi si considera isolatamente, e noi abbiamo osservato che nemmeno l'*antieresi* isolata dalla *ipotecaria* dà un dritto *in re* (*sup.* § 71): essa non produce che un' *azione mobiliare*, e sopra *mobili* non eccettuati dalla legge nuova noi non abbiam oggi alcun modo per conservar la *ipoteca* 2).

118. Nè il *quasi-possesso* del *quasi-salviano* può appartenere alla rubrica di quei *mobili*, che formano eccezione al divieto della conservazione della *ipoteca su' mobili*. In questa eccezione vanno le *rendite costituite*, i *canoni* e le altre *prestazioni redimibili* 3) obbligate sotto le vecchie leggi. Or l' *immissione in possesso* autorizzata dal *quasi-salviano* potea ben cadere sopra *rendite costituite* e *canoni* e *prestazioni redimibili*, ma ella non era *canone*, nè *rendita costituita*, nè *prestazione redimibile*. Il quasi-possesso dunque nel *quasi-salviano* è rimasto assorbito nella proibizione generale, e non ha modo oggi di conservazione ipotecaria.

119. Nè il real decreto del 21 giugno 1819, il quale indicò le formalità dell'*inscrizione* delle antiche ipoteche ne' reali dominii di là del Faro, alterò punto queste disposizioni. Il decreto ammise la conservazione degli antichi dritti ipotecarii sopra le rendite e le prestazioni, purchè *nell' atto della inscrizione* si fosse dichiarata *in numerario la somma alla quale equivalgono* 4). E ciò può ben farsi nei canoni, nelle rendite costituite, ed in tutte le prestazioni certe redimibili. Ma le rendite in generale ed i prodotti di un intero patrimonio, come mai si potrebbe preventivamente ridurre ad una somma certa di danaro contante ? Si prenderà forse per norma l' *imponibile fondiario ?* Ma nel regno di *Trittolemo* e di *Cerere* è forse misura costante della rendita l' *imponibile fondiario ?* L' avanzo allora al di là dell' *imponibile* dovrebbe sfuggire alla *ipoteca*, ed il fondo avrebbe due possessori, due amministratori, due percettori di frutti: germe assurdo di guerra di cui non so se altro possa immaginarsi peggiore.

120. Che se poi volesse dirsi che questa *immissione in possesso* nasca da quel-

1) Art. 91 e 96 della legge 3 gennaio 1809.

2) Art. 2114 e 2118 del cod. civ. fr. — Art. 2000 e 2005 ll. cc. nap. — Sirey, decis. del 17 marzo 1807 in causa *Guichard*, VIII, 1, 158.

3) L'art. 529 del cod civ. fr., e l'art. 452 delle ll. cc. nap. le dichiara *mobili*.

4) Art. 4, n. 3, real decr. 21 giugno 1819.

la parte di proprietà che nell' atto della constituzione della ipoteca alcuni immaginarono acquistare il creditore sul fondo (*sup.* 26 e 32), dovrebbe allora questo dritto conservarsi come ogni altro passaggio di proprietà. Le formalità ne sarebbero prescritte per la Sicilia di qua del Faro con la citata legge del 3 gennaio 1809, e per la Sicilia di là col real decreto del 21 giugno 1819. Ma qual creditore ipotecario potrebbe pretenderlo senza far sorridere finanche il conservatore nell' atto stesso dell' offerta dei dritti di tariffa? Quel dominio e quel possesso metafisico (*sup.* § 31) all' apparire del nuovo codice sono interamente svaniti, non solo perchè questo abborrisce ogni vana sottigliezza di diritto, ma anche perchè lor non porge alcun modo per adempiere alle formalità del passaggio 1). Nomi abusivi, anzi ombre essi erano sotto la vecchia legge, e meno che vane ombre son considerati sotto l' impero della nuova; anzi vi rimaser fra quelle che per mancanza di chi le traghettasse per prezzo, invano

Stabant orantes transmittere cursum,
Tendebantque manus ripae ulterioris
(*amore* 2).

121. Chabot de l' Allier,..... e chi potrebbe degnamente trattare una *quistion transitoria* non volgendosi alle opere di sì illustre scrittore? Chabot, allega'o in contrario, rischiara le antiche massime, che una legge nuova non solo può distruggere in tutto nè in parte il carattere di irrevocabilità ricevuto da un anterior contratto per effetto della volontà delle parti e delle leggi allora esistenti, ma non può apportare alcun cangiamento alla natura, nè agli effetti, nè all' eseguimento di esso 3), e specialmente ove si tratti di *diritto reale*. Stipulato questo una volta, non può esser mai da leggi posteriori abolito nè alterato nè modificato, ancorchè ciò fosse per gli effetti che può produrre dopo la loro pubblicazione 4). Ma dice forse Chabot che l' esser pagato in questo o in quel modo sia un *dritto acquistato?* Ciò proverebbe troppo; perchè non vi è articolo nuovo nella nuova procedura, che non faccia variare il modo onde esercitare un dritto antico in giudizio.

122. Ben è da osservarsi con Sirey e con Chabot, che nella esecuzione, la quale oggi si dà a' contratti antichi, debbono distinguersi i loro *effetti necessarii*, dalle loro *conseguenze accidentali* 5). Si dee p. e. decidere a chi apparterranno i frutti pendenti alla fine di un usufrutto, constituito sotto le antiche leggi? È un *effetto necessario* del contratto. Dunque non possiamo dipartirci dalle leggi sotto le quali il contratto fu celebrato 6). Ma quando la nuova legge non fa che regolare il modo di esecuzione del contratto preesistente, questa esecuzione è un atto che si fa sotto il di lei impero. Qui dunque la nuova legislazione *agisce* sopra il presente, non *retroagisce* sopra il passato 7).

123. La sopra citata legge del 3 gennaio 1809 non permetteva conservazione d' ipoteca antica, se il creditore non si fosse uniformato agli *art.* 2148 e 2149 del cod. civ. Il decreto del 21 giugno 1819 ordina di conformarsi agli *art.* 2042 e 2043 delle ll. cc. i quali dicono il medesimo. Solo dunque quel ch' è indicato in questi *art.*, è capace di conservazione e non altro. Ivi è detto che debba indicarsi con precisione la somma del capitale del credito e de' suoi accessorii sopra i beni, dei quali dee dirsi la situazione. Può aggiungervisi forse anche il modo dell' adempimento? Può dirvisi che questi dritti debbono esercitarsi per via della *immissione* del creditore nel possesso di questi beni? Tutto ciò è abbandonato alla esecuzione; e se si chiede di farlo anche adesso, o come un dritto per se medesimo, o come una parte del dritto ipotecario, noi rispondiamo: è stato egli conservato un tal dritto? poteva esserlo? Il solo silenzio del *codice* e della *legge transitoria* del 1809, non meno che delle *ll.* cc. e della *legge transitoria* del 1819, ne soffoga finanche il desiderio (*sup.* § 111).

124. In una delle allegate decisioni della corte di appello di *Torino* 8) si dice:

1) Parole dell'art. 7 del d. decr. 21 giugno 1819.
2) *Navita sed longe submotos arcet arena.* Virg. Aen. VI, 313. — V. la *nota* 1 alla pag. 642.
3) *Questiones transitoires,* alla parola *contrats*, ediz. del 1809, I, 134.
4) Idem, ibid. alla parola *droits acquis*, I, 376.
5) Sirey sull'art. 2 del cod. civ. fr.
6) Idem, Recueil, XVIII. 1, 382.
7) Idem, ibidem, X, 2, 41.
8) La prima; quella cioè del 1804, pronunziata due anni prima della pubblicazione del *cod. di pr. fr.* (*sup.* § 102).

« l' impossessamento de' frutti i quali si « danno o come un pegno, o come una « ipoteca, o come una garentia di pagamento, può ben continuare ad accordarsi sotto le nuove leggi ». I membri però di questa proposizione non presentano tutti la ordinaria precisione delle decisioni di quell' illustre collegio.

125. *Frutti che si danno come un pegno.* — Le nuove leggi danno a' *frutti* il nome generico di *pegno* solamente quando il godimento se ne volge in *anticresi* 1); e questa abbiam dimostrato che non ha che fare con la nostra quistione (*sup.* § 73). — *Frutti che si danno come una ipoteca.* — Abbiamo fatta la distinzione de' *frutti pendenti* su' quali ha l' ipoteca tacita il padrone del fondo per la mercede che gli deve il colono (*sup.* § 75), dai frutti staccati dal suolo, i quali sono assolutamente *mobili* ed incapaci di conservar l' *ipoteca* (*sup.* § 71). Qual *impossessamento* può pronunziarsi sopra di questi ? — *Frutti che si danno per una garentia di pagamento.* — Ugualmente questi escono dalla quistione: perchè noi trattiamo della *immissione in un possesso continuo fino al soddisfacimento del debito*, e questa non ha che fare con la vendita condizionata de' frutti pendenti, nella quale si risolve il dare i frutti per *garentia di un pagamento*. Rimane dunque dimostrato che questa *immissione in possesso*, considerata per sè come un dritto, non è capace di essere conservata per agire oggi sotto le nuove leggi con quella forza medesima con cui agiva un tempo sotto le antiche.

126. E qui ci facciamo strada al nostro *terzo assunto* (*sup.* § 107). Ancorchè volesse credersi non necessaria la conservazione di questo preteso dritto, pure indipendentemente da ciò, esso sarebbe *incompatibile* con tutto il nuovo sistema 2).

127. La legge nuova, se si eccettua la coazion personale, non conosce altri mezzi di esecuzione giudiziaria per la soddisfazione di un credito, fuor che o il *sequestro de' frutti pendenti* e *dei mobili*, o la *spropriazione degli stabili*. A quale delle due specie di esecuzione apparterrà questo impossessamento ? Forse alla prima ? Ma la legge nuova esclude il creditore pegnorante finanche dalla facoltà di essere *depositario*, non che *possessore e raccoglitore de' frutti pendenti* 3). Questa sola contraddizion formale tra le disposizioni della legge nuova e l' *immissione in possesso del quasi-salviano*, mostra evidentemente l' abrogazione di questa, ed il modo diverso di esecuzione che vi è surrogato 4).

128. Che se vogliam rivolgerci alla seconda specie, cioè a dire alla *spropriazione*, noi ne abbiam parlato abbastanza. Incompatibile è un giudizio essenzialmente universale fra tutti gl' interessati (*sup.* § 85) con un giudizio particolarissimo tra creditore e debitore, qual è il *quasi-salviano*. — Ma potrebbe dirsi : chi vieta cominciar da questo, e poi nel bisogno passare a quello 5) ? Niuno, rispondiamo noi, quando si tratta di adempimento di contratti. Ma non tutto quello che può essere convenuto fra le parti, può ordinarsi per via giudiziaria senza che sia stato espresso nel contratto. Io vi do in affitto la mia casa : la lite che ho con voi per la mercede è tutta particolare : voi potete cedermi i frutti di un vostro fo do perchè io mi soddisfaccia da essi. Ma se per sicurezza della mercede voi mi avete ipotecato questo fondo, io non posso correre ad impossessarmene per questo solo che vi ho un *dritto reale* : questo modo non mi è dato nel contratto ; non mi è dato dalla legge : mi è dato bensì il dritto alla *spropriozione*, il quale è in tanta opposizione con l' *impossessamento di fatto*, che va all' *immobilizzazione* e *deposito de' frutti*, non al loro *godimento*. Così pure particolarissimo è un giudizio per la osservanza di un *contratto anticretico* ; ma se venuto il dì del pagamento, questo si vuol ottenere per mezzo della giustizia, il *creditore anticretico* non può farlo al-

1) Art. 1941 e 1942 ll. cc. — V. sup. i §§ 19 e 20 e le note quivi sottoposte.
2) È l'altro principio di Chabot de l'Allier.
3) Art. 688 e 719 delle nostre leggi di proc. civ
4) Sirey. IX, 1, 222.
5) La sopraddetta decisione della corte di Torino dice: « l'impossessamento non esclude affatto « che i creditori i quali si credono fondati in an« teriorità o privilegio facciano i necessarii spe« rimenti per la soddisfazione de' loro crediti, e « per agire, se è necessario, con la *spropriazione* « *forzata*. »

trimenti che domandando con *mezzi legali la spropriazione del fondo* 1). Noi non sosteniamo già che il debitore non possa offrire il suo fondo al *creditore* come ad un *compratore di frutti*, cui questi cedono *in solutum* del debito 2), oppure come ad un *conduttore*, come ad un *amministratore*, come ad un *detentore anticretico*; nè che costui non possa accettarlo. La disputa è se in difetto della mutua e concorde volontà delle parti, possa il giudice far egli quest' istesso, come un *mezzo di giudiziaria esecuzione*.

129. Ed ammesso il *salvianista* nella possessione del fondo, con qual carattere lo considererà un altro *creditore inscritto?* Nell' antico rito essi avrebbero disputato fra loro *de ipso iure pignoris*; e l' uno avrebbe scacciato l'altro dal *quasi-possesso* (*sup.* § 43). Oggi questo rito sarebbe incompatibile colle ll. di procedura. Perciocchè il secondo creditore dee cominciare sempre col precetto e col pegnoramento, e tosto dee trascriver questo all' ufizio delle ipoteche. Che può allora avvenire? O ch' ei non vi trovi precedentemente trascritto il pegnoramento del *salvianista*, o che ve lo trovi. Nel primo caso l' espropriante, in forza della nuova legge, si avvierà senza ostacoli, nè ha dovere di rispettare il quasi-possesso del *salvianista*, il quale è considerato da lui al pari d' un colono, al pari d' un affittatore, al pari d' un amministratore o un creditore anticretico, e in conseguenza come persona che non ha alcun *dritto reale* a questo possesso, e che perciò non è più *salvianista* ai termini delle vecchie leggi. Se poi il *salvianista* si avviò co' modi nuovi del *precetto* e del *pignoramento*, e senza incontrare ostacolo ripiegò poi all' antico rito, il nuovo creditore che non lo trova nel proseguimento degli atti indicati dalla legge nuova, gli è surrogato di dritto; egli prosegue il pegnoramento e rende ugualmente vano il *quasi-possesso* di lui. Qual *dritto reale* è mai questo, se non ammette concorso di altri dritti reali?

130. Ripetiamolo: l' *ipoteca* è un *dritto reale* nel fondo; ma *dritto* che si ha per esser soddisfatto del debito. Non è *dritto* al *possesso*, come non lo è al *dominio*: è *dritto* bensì ad esser pagato dal fondo; e per fondo s' intende non la *nuda proprietà*, non i *soli frutti*; ma *proprietà e frutti insieme*. Lo sperimentare il dritto prima su' *frutti* e poi sulla *proprietà*; il sequestrare gli uni indipendentemente dall' altra, o sequestrar questa, e in conseguenza di questa anche quelli; il concedere l' amministrazione al debitore stesso qual *sequestratario giudiziario*, o al creditore, o ad estranei, sono *modi di esecuzione*, cui la legge varia secondo che crede utile al ben pubblico; ed a questi *modi*, secondo che essi al momento non del contratto, ma della lite trovansi stabiliti, debbono uniformarsi le parti.

131. Che diremo poi quando consulteremo lo spirito in generale della nuova legislazione, il sistema delle contribuzioni, e gl' interessi del commercio? La prosperità dell' agricoltura fa abborrire tutti i contratti, tutte le instituzioni per le quali un fondo possa essere lungamente nelle mani di chi non ha interesse a migliorarlo. Quindi fra le ragioni dell' abolizione de' fedecommessi, non ultima è quella che gli attuali godenti hanno interesse di sfruttarne, non di migliorarne i beni; che le grandi piantagioni, i grandi esperimenti agricoli non possono farsi da chi non è libero proprietario; e che chi non è tale, cerca moltiplicare e prendere anticipati i prodotti attuali in pregiudizio di chi dopo di lui sarebbe chiamato, il quale alla sua volta cercherà ristorarsene appropriandosi finanche i germi delle speranze future 3). E perchè il *dritto di ricompra* non può stipularsi per un tempo maggiore di cinque anni 4)? E perchè gli affitti al di là di anni nove, benchè valevoli fra persone capaci di contrattare, sono messi nel conto delle alienazioni 5)? La legge che in tutti i casi è sì sollecita di tenere nel possesso delle proprietà coloro soltanto che hanno interesse di ben coltivarle e migliorarle, ne farà poi l' abbandono in mano del creditore, il quale irritato dalla resistenza del suo debitore, irritato dalle procedure che

1) Art. 1958 e 1961 ll. cc.
2) Sup. § 14, pag. 644 nota 7.
3) Bigot-Preameneu. *motifs exposés sur la loi concernant les donations entre-vifs et les testaments.*
4) Art. 1506 e 1507 delle nostre nuove leggi civili.
5) Delvincourt, all'art. 1709 del cod. civ. fr.

ne sono le conseguenze, può ben esercitarvi il potere di un nemico che le devasti, non mai le cure di buon cultore e di amico?

132. Nè vale il dire ch' egli è soggetto a' conti; che ognuno è obbligato ad amministrare da buon padre di famiglia; che la colpa ed il dolo non si presumono. Belle voci, ma per lo più vòte di effetto. L'industre diligenza del padrone è ben altra che quella di un amministratore della roba altrui, e di un amministrator *salvianista*.

133. Fu dunque provvida la legge, quando statuì che nel tempo del giudizio della spropriazione non sia sempre necessario un amministrator giudiziario che prenda cura de' fondi, ma che questi possono lasciarsi piuttosto in mano del debitore stesso, il quale allora più che mai è interessato a farne crescere il valore 1). E provvidissima per la ragion contraria fu ancora, quando vietò che i frutti pendenti si consegnassero al creditore 2). La legge antica permetteva indefinitamente al nuovo compratore di espellere gli affittatori antichi da' fondi: la legge nuova rispetta costoro sol pe chirchè per tempo determinato prende un fondo in affitto, dee prepararne tranquillamente la coltura senza timore di esser espulso prima del termine, e per cause indipendenti da lui 3). Per contrario chi ha un affitto anche per titolo autentico al di là di anni nove, se questa specie di *alienazione* (*sup.* § 131) è stata fatta dopo l' inscriz one di un credito, ancorchè il fittuario sia uno de' creditori inscritti, la legge nel *giudizio ipotecario* l' espelle 4); perchè il debitore non poteva in pregiudizio d' altro creditore fare una specie di alienazione della superficie del fondo ipotecato (§ 131). Or la legge stessa ch' espelle il creditore inscritto, quando il suo affitto, comecchè con titolo autentico, è per un tempo determinato, ma al di là di nove anni, rispetterà poi il *creditore salvianista* a tempo indeterminato? Quella che non rispetta altrimenti i fittuarii a tempo non maggiore di anni nove, se non per l' *interesse dell' agricoltura* 5), rispetterà il *salvianista* in cui se ne teme il flagello?

134. Certamente chi, poste da banda le passioni private, si eleva alquanto fino alla mente ed alla ragione della legge, con qual occhio potrà egli guardare un *salvianista?* Avido costui di presto ricuperare il suo danaro, timido che altri non gli contrasti il suo dritto, con tutte le passioni di litigante, con tutte le passioni di creditore, le quali certamente non sono le più nobili dell' animo umano, vorreste voi che si occupasse a prosciugare le terre paludose, a dissodare e rendere irrigue le salde, a formare una siepe, non che un muro o riparo altro durevole, a raddoppiare e triplicare il ricolto, a mettervi accanto le manifatture omogenee, ed innalzare macchine idrauliche, a commetter piante da lontane contrade, a migliorare le indigene e farne un utile semenzaio, a cambiar coltura secondo le fasi del commercio, ed al genere soprabbondante ed avvilito sostituire a grandi spese il più ricercato e il più raro? Vorreste voi che decorasse di fabbriche un suolo abbandonato; che cambiasse di destinazione quelle che sono superflue o di poco uso; e che per rendere grate anche al pubblico le altrui possidenze vi chiamasse l' architettura e le altre belle arti; indizio senza equivoco dell' abbondanza e felicità pubblica sotto gli auspici di leggi savissime? Farà molto e sarà provvidissimo, se si contenterà di lasciar le cose come sono, fino a tanto che la mancanza dell' azion continuata dell'arte le restituisca tutte all' impero indomito della natura selvaggia 6).

135. I quali mali, già troppo gravi per se medesimi, vanno poi al di là di ogni

1) Art 688 cod. di proc. civ. fr. — Art. 766 delle nostre ll. di proc. ne' giudizii civili.

2) Art. 598 cod. di proc. civ. fr. — Art. 688 delle nostre ll. di proc. ne' giudizii civili.

3) Delvincourt, all'art. 1739 del cod. civ. fr. nota 11.

4) Delvincourt, loc. cit. n. 10, ne fa una discussione di giurisprudenza. Noi lo troviamo testualmente statuito nel § *ult.* dell'*art.* 769 delle ll nostre di proc. civ. aggiunto all'*art.* 674 del *cod. di pr. civ. francese.*

5) Parole del Delvincourt loc. cit. d. nota 11 all'art. 1739 cod. civ. fr.

6) Gli ultimi siciliani scrittori di economia pubblica si dolgono di tutti questi mali riuniti sul suolo il più fertile ed il più vario di Europa, la cui storia dimostra a qual grado di civiltà e potenza esso giunse appunto per la fecondità e per la ricchezza. Ed una tra le cause distruggitrici di tanta gloria e prosperità, non è forse l' uso pervicace del *quasi-salviano?*

—

misura, quando i casi stessi, i quali per *interpetrazion* e ed *analogia* furon portati al *quasi-salviano* (*sup.* § 28 e 29), vengano sì fattamente ad estendersi ad altri casi e ad altri, ch' egli piombi sugl' interi patrimonii inaspettato e contro ogni uso di legge, e perciò più fatale. Un esempio assai funesto può citarsene nel *quasi-salviano* accordato alla *duchessa di Sperlinga* sopra i beni del *duca* suo marito 1):

E questo fia suggel ch' ogni uomo
(*sganni* 2)

CAP. VIII.

APPENDICE AL CAP. PRECEDENTE.

Applicazione della teoria alla causa di Sperlinga.

136. I *capitoli matrimoniali* della duchessa di *Sperlinga* furono nel 1802 stipulati in Palermo in *forma privata:* non ricevettero altra solennità, che di essere depositati presso un notaio. Vi fu però *espressamente convenuto di doversi ridurre in forma pubblica con tutte le clausole e patti soliti ad apporsi negli atti di simil natura* 3).

137. Avvenne la *separazion personale* degli sposi, caso non preveduto in quella scrittura. Dalla legge nasce ne' coniugi il reciproco dovere di alimentare l' un l' altro a seconda della scambievol fortuna: dovere che si verifica più comunemente nel marito; poichè d' ordinario la moglie è più bisognosa di lui, e va a far parte della casa di lui per esservi partecipe del suo nome e di tutti i beni ed i mali. Floridissima era allora la fortuna del *duca:* i tribunali di Sicilia del 1817 accordarono alla *duchessa* annue once 2400, (7200 duc.) con un terzo sempre anticipato.

138. Il *duca*, fin che potette, pagò puntualmente un sì splendido assegnamento. Ma, per ragioni indipendenti da lui, la sua rendita dal 1817 in poi andò scapitando ogni giorno. Già il sesto anno volgeva, e questa sua rendita era ridotta ad un terzo. Così egli nel 1823 fu costretto a rallentare qualche pagamento.

139. Nel 1819 venne posto in attività il nuovo codice; ed allora nella Sicilia oltre il Faro fu stanziato anche il modo della conservazione delle ipoteche (§ 119). La duchessa pretese conservare la sua *ipoteca dotale* per l' intiera somma da lei e dai suoi promessa al marito: atto a lei *inutile* per il poco (1|5) che questi avea ricevuto; *nullo* per il resto (4|5) che non si era mai dato. Ma una *presentazione alimentaria* deriva da *azion personale*, e niuno ha pensato mai, nè ella stessa il pensò allora, di farne un *dritto dotale reale*. Questa obbligazione può esser *pura* per la sola *prima rata:* è essenzialmente *condizionale* per le seguenti 4); anche perchè ad ogni cangiamento di fortuna è *rivocabile* o *riducibile* 5). L' *arretrato* può constituire un *dritto reale*, quando determinato da una sentenza, questa si *inscriva* nell' ufizio della conservazione delle ipoteche; e sempre comincia ad esser *reale* dal dì della *inscrizione*, non mai da quello del *titolo* da cui l'obbligazion personale deriva. Il credito annuo il quale successivamente matura, non è *ipotecabile in ispecie*, o sia nel suo particolare, perchè la quantità ed il tempo non se ne può preveder con certezza, nè determinare. Può solo prendersi l' *ipoteca* per una *somma eventuale*, ma determinata. Solo così il *dritto personale* può trasformarsi per gli effetti in un *dritto reale*; ma ciò, anche per *legge transitoria* (§ 119) abbisogna di precedente dichiarazione. — Principii son questi troppo conosciuti per dover essere dimostrati con citazioni di leggi positive.

140. L'arretrato dell' *assegnamento alimentario* in favore della *duchessa* di *Sperlinga*, nel dì della sentenza del tribunal civile 6) era di once 723. 10, compreso il terzo da anticiparsi. Il tribunale le ac-

1) V. le note 1 e 3 alla pag. 641 Daremo alla pag. 672 tutto il testo di questa decisione, come quella che forma l' epilogo di tutto ciò che si è detto a pro del *quasi-salviano* sotto l'impero delle nuove leggi.

2) DANTE, Inf. XIX, 19.

3) Parole della decisione profferita in questa causa dalla gran-corte civile di Palermo nel 19 gennaio 1827. Tai capitoli però non furono ridotti mai in atto pubblico ed autentico.

4) L. 4, D. XXXIII, 1, *De annuis legatis.*

5) Art. 230 ll. cc. tratto da' principii sviluppati nel til. del digesto, XXXIV, 1, *De alimentis legatis.* Tal riduzione fu dimandata dal duca fin dal principio della lite.

6) Nel dì 9 settembre 1823.

cordò *l' immissione nel possesso di tutti gl' immobili di proprietà del duca per tenerli in luogo di pegno e d' ipoteca, finchè co' frutti che di netto sarebbero andati a ricavarsi da' detti immobili, fosse venuta a soddisfarsi, 1. de' frutti della somma dovuta, 2. delle spese, 3. della somma stessa di once 723. 10.* — Vi aggiunse l' esecuzione provvisionale, non ostante appello.

141. Appellazione del duca per molti motivi. Quello che riguarda il nostro assunto fu, che contra ogni legge egli si vedea tolta di mano l' amministrazione dell' intero suo patrimonio, per debito cui bastava una sola annata di una picciola parte di esso (*sup.* § 76). Su questa appellazione nel dì 19 gennaio 1827 pronunziò la gran-corte civile di Palermo.

142. Ella trovò immodico l' abbandono nelle mani dell' attrice dell' intero patrimonio del marito, e ne detrasse una parte di cui permise a lui l' amministrazione. Intanto nel dì della decisione gli arretrati erano giunti ad once 4681. 26. 14; e l'attrice a misura che un terzo maturava, per via di semplici *conclusioni motivate*, ne avanzava la domanda in appello. Ma niuna sentenza li aveva a lei attribuiti, nè si era in alcun modo constituita ipoteca su di essi: debito puramente nascente da *obbligazione personale*, e derivante dalla qualità della *persona di coniuge*. — Pur tutta volta la gran-corte profferì *in grado di appello*, che fosse rigettata l'appellazione del *duca* ed eseguita la sentenza dei primi giudici. Se non che restrinse il numero de' fondi ne' quali permetteva l' *immissione in possesso*; essi però sono la miglior parte de' beni di *Sperlinga*. E poi *in prima ed ultima instanza* dichiarò che eran dovuti all' attrice anche gli altri arretrati fino alla somma di once 4681.26. 14. e che anche per questa somma ella *a titolo di salviano* fosse immessa nello stesso possesso 1).

143. Se la *gran-corte* abbia o no violato il principio del doppio grado di giurisdizione 2), se poteva estendersi a questi altri arretrati senza prima decidere l'a-

1) La decisione è conceputa come segue:

« Atteso che risulta dalla produzione che la sig. *Duchessa di Sperlinga* va creditrice contro del di lei marito nella somma di once quattromilaseicentottantuna e rotti per causa degli alimenti alla stessa dovuti: »

« Considerando che la legge non soffre che possa il debitore impunemente attrassare il pagamento dei proprii debiti, e che oltre alla sorte debbe il debitore pagare i frutti della stessa dal giorno della domanda in giustizia: »

« Considerando che tale credito ripete sua origine dai capitoli matrimoniali stabiliti tra le parti contraenti, i quali ebbero luogo sotto l' impero delle passate leggi; che in detti capitoli fu espressamente convenuto di duversi gli stessi ridurre in forma pubblica con tutte le clausole e patti soliti apporsi negli atti di simil natura; che per effetto di questo patto debbono intendersi inseriti nei capitoli stessi il patto essenziale in quelli di nozze, di ben trattare ed alimentare la moglie, e quello dell'ipoteca e del costituto. »

« Considerando che in vigor dei patti anzidetti può la moglie esercitare tutti i diritti che le passate leggi le attribuirono onde conseguir quello che l'era stato promesso nei capitoli matrimoniali; che fra questi dritti era incontrastabilmente quello di potersi soddisfare per la via del *Salviano*; dritto che la nuova legge senza incorrere nel vizio di retroattività non le ha potuto ritogliere nelle stabilire i diversi modi coercitivi di cui può avvalersi il creditore contro del suo debitore: »

« Considerando che le sentenze le quali fissarono gli alimenti dovuti alla moglie non furono quelle che le attribuirono il dritto che ripeteasi da' capitoli matrimoniali, ma solamente tassarono la somma annua cui questi alimenti doveano ascendere; che quindi incontrastabile era il dritto della moglie a poter conseguire per via di *Salviano* su i beni del marito il soddisfacimento dei suoi crediti: »

« Considerando nel tempo stesso, che questo credito proveniva dalle sentenze le quali in causa di alimenti aveano assegnato alla moglie un'annuale prestazione, credito che la moglie alimentaria veniva oggi ad esperire contra il marito alimentante; e che per tal riguardo saria incivile il pretendere l'*immissione in tutti i beni del marito*, ma che è più conforme alla giustizia di lasciarsi in potere dello stesso quanto basta pel di lui decente e congrue mantenimento: »

« Che a ciò resta sufficientemente provveduto escludendo dal *salviano* taluni beni dalla moglie pretesi, e che la prima giustizia avea nella stessa sentenza aggiudicati: »

« Per tali motivi:

« In conformità delle conchiusioni del sostituto procurator generale del Re: »

« Aggiungendo, riformando, emendando:

« Condanna il sig. duca di Sperlinga al pagamento di once 4681. 26. 14, dovute alla signora duchessa per suoi alimenti maturati a tutto il dì 4 gennaio 1827 nel corso del giudizio in appello, e ciò una con gl' interessi legali al 5 per 100 da correre dal dì delle rispettive domande, *ec. ec. ec.*

2) L'*art.* 528 delle *ll. di proc. civ.* avrebbe risoluta tal quistione, se si trattasse di dimanda di capitale co' frutti. Ma la dimanda non era di un capitale: era di alimenti che andavano di giorno in giorno maturando.

zione già introdotta della *riduzione di essi* (*sup.* § 139), se abbia commesse altre violazioni di legge o di rito 1), non è nostro assunto indagarlo. Ma qual è il *dritto ipotecario* che ha riconosciuto la *gran-corte* nel credito della *duchessa di Sperlinga* per innalzarlo fino al *quasi-salviano?*

144. *Ne' capitoli matrimoniali* (così vien motivata la decisione) *fu espressamente convenuto di doversi gli stessi ridurre in forma pubblica con tutte le clausole e patti soliti ad apporsi negli atti di simil natura* (sup. § 136). *Per effetto di questo patto deggiono intendersi inseriti ne' capitoli stessi il patto, essenziale in quelli di nozze, di ben trattare ed alimentare la moglie, e quello della ipoteca e constituto* 2). Questi dunque sarebbero de' patti taciti, patti sottintesi. E lo sien pure. Vi sia anzi espresso il patto della *ipoteca*. Ma questa può riguardare altro che le *doti* 3)? Può riguardar altro che le donazioni *ante nuptias*, le donazioni *propter nuptias*, e tutte le convenienze matrimoniali di somme certe e definite, o almeno definibili? L'*obbligo di ben trattare ed alimentare* non uscì mai dalla sfera delle *obbligazioni personali*. Essa è appartenente alla personale qualità di *coniuge*; tal che può rivolgersi anche dal *marito* contro la *moglie*, quando egli sia così povero che quella che gli è data in compagnia di vita, debba alimentarlo 4). Che se il *marito* sia di tal fortuna, che ben possa prestar gli alimenti, non li dee forse tanto nel caso, in cui amministra una gran dote, quanto nell'altro, in cui solamente fu dote.

parentium
Virtus, et metuens alterius viri
Certo foedere castitas 5)?

E non è forse uguale quest'obbligo tanto in colui che va a nozze co' *patti soliti*, e con consigli di avvocati e scritture, quanto in colui che non fa altro che consultare in ciò la religione ed il cuore? L'obbligo degli alimenti è così *personale*, anzi *accidentale*, che sottoposto alla sola prudenza del giudice, si estende talvolta sino alla qualità dei cavalli, ed alla scelta del cuoco, ed alla moda di Francia.

145. Imperocchè a determinarne la qualità e la quantità, non solamente ha influenza la estensione del patrimonio, ma anche la posizione de' coniugi nel teatro della società, e l'educazione, l'età, le forme e la salute stessa di ciascuno d'essi. Come misurarle con le regole immutabili de' *dritti nelle cose?* Quel che già è maturato, può determinarsi con una sentenza; ed allora può ben corrersi all'uffizio delle ipoteche, ed inscriver questa, ed acquistare un'*ipoteca giudiziale*. Ma ella non prende data ed effetto che dal dì della inscrizione 6). Da quel giorno soltanto l'*obbligo personale* diventa *reale*.

146. La qual cosa fia più chiara quando si osservi che in una ipoteca inscritta per somma determinata producente interessi, questi non s'intendono ipotecati tacitamente e per disposizione di legge, che per due annate soltanto, e per la corrente 7). E le altre? Diventeran *debito* quando saran maturate; e per conseguente prima di questo tempo non può presumersene l'*ipoteca*. Or se per un mutuo già inscritto le annate d'interessi sono altrettanti debiti del tempo in cui maturano, e non mai del tempo dell'instrumento, che diremo poi delle prestazioni alimentarie? che diremo degl'interessi sugli alimenti arretrati? che delle spese giudi-

1) Molti sono i motivi per annullamento proposti avverso la decisione. Fra gli altri si osservi, che la decisione non fu *pubblicata* come esigono la *legge organica* e le *ll. di proc. civ.* Nella *corte suprema di giustizia* pei dominii di qua del Faro questo è un mezzo di annullamento riputato di *dritto pubblico*. — V. le nostre *Quistioni di dritto* num. VI e VII, pag. 528 § 5 e segg., e 532 p. § 3.

2) L'ipoteca per le doti, benchè non stipulata, era tacita ed introdotta per disposizione di legge, L. unica, C. V, 13, *De rei ux. actione*, L. *assiduis* 12, C. VIII, 18, *Qui potiores in pign.* — NEGUSANTIUS, I, 2, n. 1. — L'ipoteca dunque delle doti nasce dalla legge; perciò s'intende, benchè non espressa. Non si sa poi come l'ipoteca per alimenti maturati nel corso del matrimonio possa derivare espressamente o tacitamente dall'essere questi involti nella frase, *patti soliti*.

3) GRENIER dimostra, che alla sola dote e suoi dritti debba riferirsi l'ipoteca legale dell'articolo 1825 cod. fr. (2021 ll. cc.); ma per le stesse ripetizioni estradotali ella dev'essere inscritta, e non comincia che dal dì della inscrizione. I, 3, sez. I, § 1. — S'immagini se possa esservi *ipoteca legale* per gli alimenti!

4) I coniugi hanno il dovere del *reciproco* soccorso ed assistenza. *Art.* 201 *ll. cc.* Questo *reciproco dovere*, partorisce *reciproco* il *dritto* e l'*azione* nel caso di separazione. *Art.* 230.

5) HOR. OD. III, 18.

6) Art. 2009 e segg. ll. cc.

7) Art. 2045 ll. cc.

ziali per ottenerli? Oggi è nato il debito di *Sperlinga*: le leggi d' oggi debbono giudicarne.

147. Similmente questo dovere *di ben trattare ed alimentare*, non è che una obbligazione *condizionale relativamente alla sua esistenza e durata*, ed *indeterminata pel suo valore* (*sup.* § 140). Perchè possa accoppiarvisi l'ipoteca, sarebbe convenuto *inscriverla* precedentemente, e conservarne il dritto con la dichiarazione di un valore certo e determinato 1). Ma per far questo non sarebbero stati alla creditrice bastanti i soli calcoli di Buffon sulle *probabilità della vita:* vi erano necessarii anche quelli più incerti delle *permutazioni senza tregue* 2) della fortuna, la quale

saevo laeta negotio, et
Ludum insolentem ludere pertinax,
Transmutat incertos honores,
Nunc mihi, nunc aliis benigna 3).

Or senza questa *dichiarazione* ed *iscrizione eventuale* può esister mai legge che su di un immobile faccia *ex se* crescere di giorno in giorno il *ius in re* di un creditore a misura che manca l'adempimento della obbligazione? Nel 1823 eravamo a 700 once: nel 1827 siamo già a 5000: nel 1830 potremo giungere a 20 mila: appresso ad altre migliaia: e poi spese: e poi interessi sempre ricrescenti: e tutto senza bisogno mai di nuova *inscrizione*, nè di nuova azione, nè di nuova constituzione di patrocinatore, nè di nuova sentenza. Si va giù, e sempre più giù *ipso iure*. Questa *ipoteca salviana* è dunque peggiore dell' inferno di Dante. Quello era *senza tempo* 4): questa è *senza tempo* nè *fondo*.

148. D'altra parte se un tale accumulamento successivo di debiti senza determinazione nè fine, prende tutto epoca dal 1802, i creditori del *duca* non sapranno mai a quanto esso giunga. E poichè il *quasi-salviano* si spiega anche contra i *terzi*, se mai i creditori stessi o altri, in un tempo qualunque, si trovassero padroni di un fondo ch'era *in bonis* del *duca* nel 1802, dovrebbero o pagare, o rilasciarlo. Per tutti dunque è stato aperto dalle nuove leggi l'ufizio della conservazione delle ipoteche, fuor che pel duca di *Sperlinga*, e pei creditori della sua casa, e per chiunque avesse dato in Sicilia sotto le antiche leggi un qualche appicco al *quasi-salviano?*

149. Stringiamo tutto in una. — I. La obbligazione del duca è di sua natura *personale*, non *reale* ed *ipotecaria*. — II. Il debito di lui comincia dal 1823; e per conseguente è nato sotto le nuove leggi: a tenore dunque delle nuove leggi poteva prendersi contro di lui l'inscrizione giudiziale. Com'entra qui il *quasi-salviano*, tanto più che l' ipoteca legale è efficace per la *dote*, non per gli *alimenti?* — III. Il debito per gli alimenti sarebbe condizionato ed eventuale. Come si va al di sopra della legge che prefigge il modo onde stabilir l'*ipoteca* per *dritti eventuali?* — Se fuori di queste norme si potesse dare alle mogli il dritto *in re* per alimenti arretrati, quante collusioni nascerebbero tra mogli e mariti a danno de' creditori! La legge del sistema ipotecario sarebbe non pur inuguale al bisogno, ma dannosa.

150. Ed ecco come a poco a poco le massime le più regolari, a forza di analogie ed estensioni, possono andare fino al travolgimento di ogni dritto. L' *utile-salviano* fu una estensione del *salviano*, e fu creduto *utile* al debitore, particolarmente ne' debiti modici, ove il distrarre il fondo era maggior suo danno, che ritenendolo sotto il suo nome, passarlo per breve tempo al creditore. Dalla *utilità* di un *modo più mite di esecuzione*, se ne fece un *dritto*, e dritto durissimo: da *dritto in generale* si passò a *dritto ipotecario:* appresso se ne ampliò la sfera per obbligazioni le più evidentemente *temporanee, condizionate, personali:* in ultimo si fa retroagir un tal dritto fino al dl del contratto, benchè questo non esprima siffatte obbligazioni, ma solamente l'occa-

1) Art. 1018 ll. cc.

2) Dante, Inf. VII, 79 *e* segg.

3) Hor. Od. 1, 23. — Nel giudizio di *riduzione* può questo assegnamento esser ridotto anche a *zero*. La gran-corte ha rinviato le parti al tribunal civ. per un giudizio di *riduzione*. Ha dunque riconosciuto la *eventualità* ed *incertezza legale* della *somma alimentaria*, e la *provvisionalità* de' presenti pagamenti. Come poi del pagamento *provvisionale* di questo debito così *incerto e riducibile*, crea un *jus in re* certo sui beni del duca, e lo crea secondo lo stato del suo patrimonio di ventiquattro anni prima che il debito nascesse?

4) Inf. III, 29.

sione di esse: e tutto ciò a danno del commercio, a danno dell'agricoltura, a danno de' terzi, a danno di tutti i principii regolatori della conservazione de' vecchi dritti ipotecarii, e del passaggio dall'antico al nuovo sistema.

151. Bene spero che i vecchi usi cedano a ragioni così evidenti di privata e di pubblica utilità. La *spropriazione* permuta le proprietà, ma non cangia che il nome del padrone: anzi per lo più sostituisce all'uomo scioperato e avvilito l'industrioso e l'attivo. Il *quasi-salviano* è stato sempre un modo lento, intralciatissimo, e spesso vano onde pagare i debiti; odioso a danno di chi è chiamato ancora signore de' fondi, e vive a discrezione del *salvianista*, infingardo e retrogrado per l'agricoltura, che rende sterili le più liete campagne, deformi i più belli edifizii, stranieri alla propria patria i più ricchi proprietarii, e che cieco *egoista*, questi pubblici e privati mali con niun bene compensa. È potrà più questo mezzo essere sofferto oggi che le attuali leggi di commercio, le leggi discioglitrici de' vincoli delle proprietà, le leggi stesse delle contribuzioni dirette comandano attività e previdenza e cura e studio sommo nella coltura delle terre, e nella distribuzione ed uso degli edifizii? Il migliore omaggio che possa farsi alla sapienza altissima del RE, è quello di togliere ogni ostacolo all'adempimento delle sue paterne sollecitudini per la prosperità dell'agricoltura, prima base della prosperità del suo popolo; e di offrirgli al tempo stesso, ne' risultamenti giudiziali per mano de' magistrati, la pruova la più sicura della bontà delle sue leggi.

III.

APPENDICE AL TRATTATO

DELL' UTILE-INTERDETTO-SALVIANO

Verba propria et certa, quasi vocabula rerum poene una nata cum rebus ipsis, ad plures translationes fluxerunt: tunc errorem creat similitudo.

Cic.

SOMMARIO

I. Occasione di quest'appendice, § 1.
II. *Principii.* — L'obbligazione del marito di alimentare la moglie non è che personale, § 2. — Può diventar reale dopo la sentenza, § 3. — Non fu dunque mai azion reale per sè stessa, § 4. — Condizioni dell'azione reale ipotecaria, § 5 e 6. — Confutazione di alcune proposizioni, asserite dagli avversarii come principii. § 7 a 10.
III. *Ristabilimento della quistione.* — Ella è travolta dagli avversarii per tre abusi di voci, adoperate in senso translato, e poi confuse col proprio, § 11.
IV. *Primo abuso.* — La voce *possesso* è mal impiegata da' salvianisti, § 12. — Il loro non è possesso, ma amministrazione, § 13. — Assurdi che derivano dall'impiegar tal voce impropriamente, e dal derivare dal traslato le conseguenze del significato proprio della medesima, § 14 e 15.
V. *Secondo abuso.* — Equivoco della frase *dritto reale* § 16. — ULPIANO ristabilisce la proprietà della frase, e ne allontana i crediti alimentarii, § 17 a 19. — NECUSANZIO mal allegato da' contrarii, § 20 a 22.
VI. *Terzo abuso.* — Confusione de' sensi della voce *dritto*: altro è *dritto* in astratto; altro è azione, o sia modo di procedura che attua il dritto, § 23.
VII. Conchiusione, § 24.

1. Quando noi, in una *memoria* nello scorso ottobre pubblicata 1), imprendemmo a dimostrare, che all'apparire delle nuove leggi era ne' creditori ipotecarii cessato ogni dritto all'esercizio dell'*utile-salviano*, cercammo argomentarvi dagli *universali* a' *particolari*. Con lo stesso metodo ci risponde ora uno de' più colti avvocati palermitani. La naturale diffidenza di noi stessi è molto cresciuta a questo scontro novello, comecchè raddolcito da quella urbanità, che nelle arringhe forensi può sperarsi maggiore. Abbiamo dunque sottoposto i nostri pensieri all'esperimen-

(1 Quest'appendice fu pubblicata ne' principii del 1828, pochi mesi dopo il trattato precedente.

to più certo, che la logica insegni come *criterio* della esattezza di un ragionamento. Spogliato questo di tutto ciò ch' era storico, e che potea parere non necessario alla quistione, ne abbiamo invertito il metodo rimontando da' *particolari* agli *universali*. Il risultamento n' è stato lo stesso ; pruova evidente che non ci siamo ingannati.

2. Il credito della duchessa di Sperlinga è *alimentario*. Dunque l'azione che ne deriva è puramente *personale*. Chè presa la cosa dal lato della creditrice, non sono altro che personali *ea quae esui, potuique, cultuique corporis ad vivendum homini necessaria sunt* 1) ; e presa dal lato del debitore, l'azione alimentaria *non est per quam rem nostram quae ab alio possidetur petimus , nec rei persecutionem continet ; sed cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum* 2).

3. Ma non per questo ci venne mai in pensiero ciò che l' autore ci attribuisce, *che l'obbligo di alimentar la moglie non possa uscir giammai dalla sfera delle azioni personali*. Diciamo bensì che qualunque obbligazione personale, fino a tanto che si fa rimaner ne' suoi termini , non può essere nel tempo stesso *personale* e *reale*

Per la contraddizion che nol consente 3).

Ma se viene accompagnata , o per forza della legge, o per particolare stipulazione, dalla constituzione di un' ipoteca, allora divien *mista* di *personale* e *reale* ; non mai però sotto l'istesso aspetto : perocchè ella in tal modo è *personale* nel suo principio , e *reale* nella esecuzione. E quando non è tale o per convenzione o per legge , può anche uscir della sua sfera e diventar *reale*, ove però una sentenza ne accordi l'esecuzione su' beni del debitore. Nel primo caso l'*azion reale* va dietro la *personale* fin dal principio, ed è *ipotecaria convenzionale*. Nel secondo non comincia che dalla inscrizione della sentenza per la esecuzione, ed è *ipotecaria giudiziale*.

4. Ella però tanto nell' uno, quanto nell' altro caso non è *azion reale* per se stessa ed in origine, come sarebbe p. e. l' *azione revindicatoria*. Questa sol mira alla cosa , senza riguardo alla persona nella cui mano la cosa si trovi. Ma quella che si mescola alla *personale*, o le tien dietro, non è che la garentia del suo adempimento. Quindi è , che quantunque sia dimandata nella prima azione , non è in essa il principal fine dell' attore : ella viene in sussidio della mancanza di pagamento. dovere della persona

5. Nè questo è tutto. Imperocchè chiunque si obbliga *personalmente* è tenuto ad adempiere alle sue obbligazioni sopra tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri 4). Tutti dunque i suoi beni sono la comune garentia de' suoi creditori 5). Ciò non per tanto il debitore li amministra e li aliena come a lui piace, fino a tanto che quel ch' era garentia generale *in posse* ed *in fieri* (ci si perdoni la frase scolastica), non diventi garentia *in actu*, cioè *ipoteca*. Allora è che il debitore non è più libero padrone del fondo : può col pegnoramento torsene a lui l'amministrazione , o questa istessa venirgli in mano ristretta dall'obbligo di soddisfare il creditore co' frutti ; e può egli esser anche forzato ad uscire della sua proprietà (*spropriazione*) a fine di vendersi tal proprietà giudiziariamente , onde soddisfare il creditore col prezzo.

6. Ma per venire a quest'ultimo punto vi bisognano tre cose : 1, che sia il credito capace d'ipoteca ; 2, che sia la cosa capace ad essere ipotecata ; 3 , che sia l' atto capace a produrre ipoteca. Allora secondo le nuove leggi si ammette l' *inscrizione*, e da questa triplice capacità la validità di tale inscrizione essenzialmente dipende.

7 Troppo adunque assolute sono le proposizioni del nuovo scrittore : *tra il creditore ed il debitore la convenzione ha forza di legge, e null'altro si richiede che il loro consenso alla perfezione del negozio : tosto che entrambi convengono, il* IUS IN RE *è acquistato*: *in faccia al debitore il fondo ipotecato è sempre il pegno obbligato al creditore : la*

1) Ulp. l. 43, D. *De verb. sign.*
2) Idem, l. 25, D. XLIV, 7, *De act. ed oblig.*
3) Dante, Inf. XXVII, 120.
4) Art. 1962 ll. cc.
5) Art. 1963 ll. cc.

inscrizione non dà, ma conserva l'ipoteca : non può dirsi di buona fede che la duchessa di Sperlinga fosse stata obbligata conservar la sua ipoteca con la inscrizione per far esperimento del quasi-salviano sopra i beni del marito : il debitore non ignora il suo debito: tutte le volte, che non avverso i terzi deve, ma contro lo stesso creditore, giuocare la ipoteca, inutilmente e senza oggetto andrebbesi parlando d'inscrizione.

8. Ci perdoni l'avvocato della duchessa. In primo luogo non è vero affatto che il solo consenso sia mai bastato a render perfetta l'*ipoteca*. Non pochi erano i requisiti che indipendentemente dal consenso vi esigevano le leggi antiche; più assai ne esigono le nuove. Confronto importante; poichè oggi son nulle le antiche ipoteche, se non *conservate*, o almeno *conservabili* sotto le leggi nuove. Può oggi forse con la più solenne stipulazione venir constituita ipoteca per un dritto generale, non estimato e ridotto a somma certa, o almeno non precisamente indicato? può esserlo sopra dritti incorporali, o sopra universalità di beni, o sopra mobili? può esserlo dietro scrittura privata? Or in niuno di questi casi può l'ipoteca *inscriversi*; e se io dico inutilità d'*inscrizione*, è lo stesso che se dicessi impossibilità di conservazione d' ipoteca. La *inscrizione* dunque non solo dà pubblicità all'atto per avvertire i terzi, ma è il segno legale della ipoteca legalmente constituita, e che poteva essere con la *inscrizione* conservata. La ipoteca, benchè validamente constituita sotto le vecchie leggi, se *non può essere inscritta nell'ufizio della conservazione*, è abolita con le leggi nuove, siccome interviene nell'antica ipoteca su' mobili. E tale anche è il caso di quelle antiche *ipoteche tacite*, le quali non ricadono fra le presenti *ipoteche legali*.

9. In secondo luogo il primo atto sotto le nuove leggi, onde incominciare ad esercitarsi un dritto ipotecario, è la copia della *inscrizione*, e la *trascrizione* nell'ufizio della conservazione delle ipoteche. Falso è dunque il supporre che l'inscrizione sotto le nuove leggi sia inutile quando si tratti di *far giuocare il ius in re* col debitore solamente. Senza *inscrizione* e *trascrizione* non può aver principio il suo esperimento, e quando mancano queste, il debitore avrebbe veramente dritto di prenderlo a giuoco.

10. In terzo luogo, quando l'avvocato della duchessa, disperando della ipoteca *legale* e *convenzionale*, ricorre alla *giudiziale* in forza delle sentenze e decisioni ottenute nel 1817, e nel 1823, e nel 1824 1), allora dee avvertire che un'*ipoteca giudiziale* non è constituita che dalla *inscrizione*: E testo espresso di legge 2). Per lo che ridotta la causa ad *ipoteca giudiziale*, il *quasi-salviano* è finito. La sentenza del 1817 non accordò alcuna ipoteca, nè fu poi inscritta nel 1819 perchè la conservasse; e pel 1823 e 1824 l'avvocato medesimo ci concede che parlar di *salviano* in quest'epoca di nuova legislazione, sarebbe follia.

11. La quistione dunque consiste solamente a vedere se astretto oggi un marito da circostanze non prevedute a mancare di corrispondere al *credito alimentario*, stabilito per la moglie con decisione anteriore alle nuove leggi, e da lei non conservato poscia con l'*inscrizione*, possa ella esercitare il suo diritto col *quasi-salviano*. Nel che tre equivoci di nomi fanno della verità la più evidente un dubbio di causa 3). Il primo è della voce *possesso* nel *quasi-salviano*, il secondo

1) V. la pag. 671 alla *nota* 6 e la pag. 672. *nota* 1.

2) V. *infra* il § 19 alla *nota*, per le leggi antiche.

3) Locke (III, 10 ed 11) tratta ampiamente come e perchè gli errori in tutte le scienze, e particolarmente quelli della giurisprudenza, nascono quasi tutti dall'abuso de' vocaboli. È il più filosofico comento alle parole di Cicerone, da noi trascritte a fronte di quest'appendice. Chi di ciò brama un trattato in versi bellissimi, legga Boileau, Sat. XII, il quale personificando l'*equivoco*, o sia il linguaggio a doppio senso, volge a lui la parola, ed in fatto di giurisprudenza gli dice così:

Mais à quoi s'attacha ta savante malice?
Ce fut sur-tout à faire ignorer la justice.
Dans les plus claires lois ton ambiguité,
Répandant ton adroite et fine obscurité,
Aux yeux embarassés des juges les plus sages
Tout sens devint douteux, tout mot eut deux (visages:
Et pour comble de maux, à tes raisons frivoles
L'éloquence prêtant l'ornement des paroles,
Tous les jours accablés sus leur commun effort.
Le vrai passa pour faux, et le bon droit eut tort.

—

è della voce *dritto reale* nel *credito alimentario*; il terzo è della voce generale *dritto* in quell'*azione*, con cui si spiega un dritto in giudizio. Disgroppiamo questi nodi, e tutto sarà spianato.

12. Il nome *utile* o *quasi interdetto-salviano* è un *nome di legge*, il cui senso non è noto che a' sacerdoti di Astrea. Per tradurlo in voci più comuni, convien guardarne le idee. Esso ce ne dà due: la prima è dell'*amministrazione* alla quale è preposto un creditore ipotecario su' beni altrui i quali gli sono obbligati, con facoltà di soddisfarsi da' frutti, e dar conto; la seconda è di un modo particolare fissato già dal pretore per andare ad *impossessarsi*, non mai del fondo, ma di quest'*amministrazione* del fondo. Fermiamoci alla prima delle due idee, delle quali la voce fu segno.

13. Se il *quasi-salviano* non dà che l'*amministrazione de' beni altrui*, tal che il codice giustinianeo ne fa un'appendice del *precario*, dirlo *possesso* quando esso si ottiene, è parlare impropriamente. Quindi è *improprio* il dargli forza di *azione possessoria*. — Più: il *quasi-salviano* è un effetto della ipoteca. Ma i salvianisti chiamano prima impropriamente *possesso* una tale *amministrazione*: dimentichi poi che questa è una denominazione impropria, le attribuiscono gli effetti di un possesso *iure proprio et ratione dominii*: poi lo astraggono dalla *ipoteca* e ne fanno un dritto esistente da sè, e che può reggere indipendentemente dall' *azione ipotecaria*. È il vero caso del *sillogismo acervale* del giureconsulto GIULIANO, *cum ab evidenter veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea quae evidenter falsa sunt perducantur* 1). Sottili cose, cose astrattissime e metafisiche, anzi inintelligibili. Si maraviglia poi tanto l'autore, che siamo andati nelle risposte per fili sottilissimi? La colpa è nelle sottigliezze *salviane*, non in chi rispondendo ha il dovere di combatterle. Bello è l'omaggio ch'egli rende alla verità, quando si mostra così sensitivo a questi veri vizii nel nostro scritto: essi però non sono che il rimbalzo dei vizii del suo sistema. MINERVA, la quale era niente meno che la dea della sapienza, non si accorse altrimenti *Del turpe aspetto delle guance enfiate* 2), che scorgendolo a sè rimbalzato da un fonte. Così pure ei mostra una certa sazietà a' nostri ragionamenti, intesi a dimostrare, che con le nuove leggi è incompatibile il *quasi-salviano:* egli tiene ciò

per sè noto,
A guisa del ver primo che l'uom crede 3);

e gli pare inutile la nostra cura. Ma non fingemmo noi quest'assurdo per vaghezza inopportuna di sì facil trionfo. Esso venne prima proposto da' salvianisti; e poi lo stesso autore che lo deride, lo riproduce quando sostiene che l'*ipoteca giudiziaria* per la decisione del 1823 potrebbe anch'oggi dar luogo al *quasi-salviano*.

14. Quando egli dunque vuole veramente aver pietà di noi, e disbarazzarci dalle sottigliezze metafisiche, le tolga prima dal *quasi-salviano* e da' suoi difensori; rinunzii al suono arcano ed ambiguo delle voci; dica che alla duchessa in forza della sua ipoteca non è già accordato il *possesso*, ma l' *amministrazione* de' beni del marito, con dar conto dell'uso della facoltà di ritenersi i frutti per soddisfare i suoi crediti; ed allora egli vedrà che la legge nuova provvede coi sequestri giudiziarii all' amministrazione de' beni obbligati a' creditori; riconoscerà vero il confronto che noi facevamo tra l' *immissione in possesso* del salviano e l' *immobilizzazione delle rendite* delle nuove leggi; troverà evidente ciò che abbiam detto intorno all'assurdità dell'ipoteca per un dritto di amministrazione; e cesserà di rimproverarci di essere entrati in una sfera lontana dalla tesi.

15. Esce bensì dalla tesi chi cambia i termini veri della controversia. Cosa volete voi? che l'acquistare l'amministrazione de' beni del debitore sia un effetto particolare delle ipoteche antiche, e *accessorio* all'*ipoteca*, non all'*azione ipotecaria* 4)? Se fosse ciò vero, quell'*azione*,

1) L. 65, *De reg. iuris*. Il più bel comento che possa farsi di questa legge, è in ORAZIO, Epist. II, 1, v. 45 Ivi ei fa conoscere tutto il ridicolo di queste cavillazioni.

2) PARINI, nel *mattino*.

3) DANTE, Par. II, 44.

4) Pag. 96 della nuova memoria in favore del *quasi-salviano*. Sottilissimo figmento, *ope brevissi-*

diventata indipendente dall'*azione ipotecaria*, tornerebbe ad essere una pura *azion personale*, non perseguitando altro che l' *amministrazione*. Chi si ostina a dire che sciolto il *quasi-salviano* dell'*azione ipotecaria* perseguiti unicamente un *ius in re*, dice cosa assurda per sè stessa; poichè l'*amministrazione* non esprime che riguardi personali : consiste in fare ed agire (*sup.* § 2). Oltre a ciò, per esser ella conservata nell'ufizio delle ipoteche, con qual rubrica verrebbe ella contrassegnata nella nota che dee presentarsi al conservatore 1)? Tutti i mandatarii, tutt'i depositarii, gli affittatori stessi e i coloni avrebbero potuto inscriversi pei dritti di tenere, di coltivare, di godere, il che *nimis probat*. Ed ecco perchè spaventati i salvianisti alla voce *amministrazione*, cadono nella improprietà della voce *possesso*; e la frase, *dritto d'amministrare*, volgono nell'altra *dritto d'immettersi in possesso;* e per farla più misteriosa l'abbreviano ancor più, dicendo, *dritto d'immettersi*. Lo stesso ultimo difensore della duchessa ride di queste frasi. Ma chi non vede, che tutto il ridicolo ne torna in chi, nel nome unico che per lontane analogie ci dà a cose diverse, non vede più, secondo che detta la cosa, ora il figurato, ora il proprio, ma o sempre il traslato, o sempre il primo originario suo senso?

16. Guardiamo ora l'altro abuso delle voci, che si fa col nome improprio di *dritto reale*, dato al *credito alimentario*. L'avversario si attenta di far suo campione niente meno che Ulpiano, cui gran turba forense italiana e spagnuola del medio evo *mena voltando con la sua rapina* per entro al *Laberinto* del Salgado. Titolo spaventevole di un libro! Ma Ulpiano, l'autore lucidissimo per l'appunto delle definizioni dell' *azion personale* e *reale* (*sup.* § 2), svolge da per sè quell'ingombro; ed uscito di *loco sì d'ogni luce muto* 2), ci rassicura. Egli va col suo testo per vie sì diritte e spianate, che non ci è mestieri del *filo ariadnèo* onde uscir salvi da cotanto obbliquo e fallace ravvolgimento.

17. Ulpiano adunque presenta il caso di una moglie *in soevissimo furore constituta*, e di un marito brutale che *spernit infelicitatem uxoris et non ad eam flectitur* 3). Se non che memore delle sue definizioni, a coloro i quali prendon cura di questa infelice, non dà di botto un'azione *rei persecutoria*, ma dice che debban essi *adire iudicem competentem*, affinchè *necessitas marito imponatur, omnem talem mulieri sustentationem* SUFFERRE, *et alimenta* PRAESTARE, *et nihil* PRAETEREAT, *quae maritus uxori adferre decet, secundum dotis quantitatem*. Or l'*apprestare*, e *nulla preterire*, è *obbligazion di fare*, non già *distribuzione d'immobili*. Dunque il testo di Ulpiano non dà che un' *azion personale*. Di fatti la duchessa di Sperlinga medesima non convenne altrimenti il duca suo consorte, che con quest'azione; nè il tribunal civile con la prima parte della sentenza del 9 settembre 1823 dichiarò altro, che per alimenti arretrati personalmente debitore il duca di once 723,10.

18. Tralasciamo qui i *motivi di annullamento* relativi al pretesto di tale condanna, e gli altri più forti che riguardano l' accrescimento di essa fatto dalla gran-corte civile fino alla somma di 4681. 26. 14, senza che fosse stato percorso il primo grado di giurisdizione 4). Il difensore della duchessa non vi risponde. Sembra dunque che per queste nullità ei sia di accordo con noi. — Immaginiamo però che la condanna sia legale, e torniamo ad Ulpiano.

19. Il giureconsulto, dopo la necessità della sentenza del giudice, propone la quistione, cosa debba farsi se il marito non solo non adempia, ma *dotem dissipaturus manifestus sit? Oportet* TUNC, vale a dire dopo la sentenza, *dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solatium una cum sua familia*. E chi vieta ciò alla duchessa? La quistione non è già se possa in forza della

mae mutationis, per quam ab evidenter veris ad ea quae evidenter falsa sunt disputatio perducitur. L. 65 D. *De reg. iur.* — V sup. § 13.

1) Art. 2042 n. 4, 2047 n. 3 ll. cc., 4 n. 3 l. 21 giu. 1819.

2) Dante, inf. V, 28, 32, 33.

3) L. 22 § 8, D. XXIV, 3, *Soluto matrimonio quemadmodum dos petatus.* È la *l.* che si cita in contrario.

4) V. il § 143 del precedente trattato.

sentenza *sequestrare* la dote, ed inscriversi su' beni tutti del marito, già legalmente ipotecati alla dote: chè ella dietro la sentenza ben poteva inscriversi per *ipoteca giudiziale*, la quale però non avrebbe investiti i beni che dal dì della inscrizione 1). La nostra quistione è s'ella possa *ex conventione* o *ex lege* farsi immettere nel possesso degl' immobili del duca, secondo l'uso assurdo de' *salvianisti*, o sia scacciare per proprio dritto dall' amministrazione il marito, ed amministrarli ella a sua voglia in forza di un titolo nè inscritto nè trascritto all' ufizio della conservazione delle ipoteche.

20. Ma Negusanzio (ripiglia qui l'avversario) Negusanzio, il principe degli antichi giureconsulti italiani in ordine alle ipoteche, dice (benchè per *ampliazione di giurisprudenza*), che anche per gli alimenti dovuti alla moglie si poteva presumere l'ipoteca tacita *in bonis obligatis pro dote* 2). E si dia anche ciò alle *ampliazioni* di Negusanzio. Ma quest'*ampliazione* fatta, non dal legislatore, ma da un giureconsulto, constituisce ella un dritto conservato per la nuova legge? E con qual forma sarebbe stato esso conservato? Non tutto quello ch'era già *ipoteca tacita*, è diventato *ipoteca legale*. L'*ipoteca tacita* nasceva da *convenzioni tacite*; e *diversa causa est voluntatis expressae, et eius quae inest* 3). Della convenzione tacita, s'ella non sia ipoteca *legale*, non si può dar *nota* all'*ufizio delle ipoteche*. Dunque l' ipoteca tacita in generale non è sempre *conservabile*.

21. Di fatti la nuova legge non dà alle mogli separate da' mariti sovvenzione alimentaria su' beni del coniuge, se non quando i lucri stipulati espressamente nei capitoli matrimoniali non sono sufficienti 4) al mantenimento di lei 5). E quest'obbligo non nasce già da convenzione matrimoniale o tacita o espressa: nasce dalla qualità personale di marito, e dalla legge. Ora non tutti i doveri che vengono dalle qualità personali e dalla legge danno *ipoteca legale*: altrimenti i figli avrebbero a miglior dritto per la loro educazione e pei loro alimenti l' *ipoteca legale* sopra i beni de' genitori. La *ipoteca legale* non garentisce che la *dote*, e le *convenzioni matrimoniali espresse*. Il dritto agli alimenti nasce dall'art. 203 delle ll. cc., e quando non ne sia stipulata espressamente la somma, e sopra questa non si convenga un'*ipoteca espressa*, l'ipoteca per le nuove leggi non può esserne che *giudiziale*; nel caso cioè che la moglie abbia fatto esperimento di questo dritto personale, ed abbia inscritta la sentenza. Il che è anche chiaro per l' altra parte dell'art. 230 delle ll. cc., il quale non permette che il credito alimentario ecceda il terzo della rendita che nell'atto della sentenza il marito possiede, e questo terzo è anche *riducibile* a meno. Se vi fosse in ciò *ipoteca legale*, ella si *retrotrarrebbe* al dì delle nozze, ed alla fortuna che allora possedeva il marito. Cosa assurda, anche perchè l'*art.* è comune al marito ed alla moglie; e se non si ammette *ipoteca*, se non giudiziale, per lo *dritto alimentario* che il marito potrebbe avere contra la moglie 6), nemmeno dee ammettersi per lo *dritto alimentario* che la moglie ha contra il marito.

1) Donello nel suo trattato *De pignoribus et hypothecis* crede impropria la denominazione *ipoteca giudiziale*, perchè tale ipoteca non si prendeva mai *iussu iudicis*. Per l'antico dritto, ei dice non si acquistava ipoteca con la sentenza, ma solamente con la esecuzione di essa; e si fatta esecuzione, qualunque fosse stato il giudice, si facea sempre dal pretoro. Quindi per non alterare il dritto con la improprietà de' vocaboli, egli vuole, che *ipoteca pretoria* si appelli, perchè appunto nasce dall'ufizio del pretore nella esecuzione; e cita la *l. ult.* C. VIII, 22, *De praetorio pignore*. Oggi i principii sono gli stessi. Se non che, instituiti gli ufizii della conservazione delle ipoteche, le *giudiziali* cominciano, non dal dì della *esecuzione*, ma dal dì della *inscrizione della sentenza*. E sarebbe stato assurdo sotto l'antico dritto, come lo è sotto il nuovo, il dar a queste ipoteche, o che *giudiziali*, o che *pretorie* si chiamino, sussistenza e valore dal dì della sentenza, ed assurdo maggiore dal dì del titolo, in forza del quale la sentenza è stata pronunziata.

2) Amplia dictam *regulam*, *quod non solum pro dote*, *sed etiam pro alimentis debitis uxori per maritum competat tacita hypotheca in bonis obligatis pro dote*. Negusantius, IV, 2, n. 4.

3) L. 138 § 1, XLV, 1. *De verb. obl.*

4) Invece pel novello codice civile il coniuge à sempre ed in qualunque caso diritto agli alimenti dall'altro coniuge, sia pure stata contro di noi pronunciata sentenza di separazione personale (a.156).

5) Art. 230 ll. cc.

6) Ed è anche testo espresso di legge, che la moglie separata debba contribuire in proporzione delle sue facoltà alle spese domestiche, come conseguenza della sua qualità di moglie. Art. 1412.

22. Dato adunque per poco, che fin dal dì del matrimonio il *credito alimentario* della moglie portò seco un'*ipoteca tacita* sopra la dote, e sopra i beni obbligati per la dote. ella non è *ipoteca legale* per le nuove leggi. Dunque la sua *conservazione* non si poteva operare senza *inscrizione*. — Se poi si vuol dare a questo credito valore e forza dalla decisione di separazione che anche prima delle nuove leggi ne fissò la somma, sarebbe questo un dritto figlio di un giudicato ; e tanto è vero che i giudicati non danno per sè stessi ipoteca, che sotto l'antico dritto non la partoriscono se non portati all' esecuzione, nè sotto il nuovo se non *inscritti*. Dunque essi nemmeno posson oggi partorire il *quasi-salviano*, il cui fondamento è nella *ipoteca*. Se in ultimo al credito della duchessa si vuol dare epoca dal dì delle ultime sentenze, quando esso si è verificato , in quest'epoca già imperavano le nuove leggi ; e l' avversario è con noi , che il *quasi-salviano* sotto le nuove leggi è finito.

23. Il che fia più chiaro con la spiegazione del terzo equivoco. Il *quasi-salviano* (dice l'avversario) è *fine*, non è *mezzo* ; è *dritto*, non *azione* : *l' oggetto principale dell'utile-salviano è la passione del fondo ipotecato* (cambiate la frase, e dite piuttosto, *amministrazione del fondo ipotecato*): *il soddisfacimento del debito è la conseguenza del fine, non il fine del salviano*. Or questo è lo stesso che dire : *tosto ch'io voglio andare a Palermo, l'oggetto principale del mio viaggio è il metter piede sul vascello a vapore : l' arrivo in Palermo è la conseguenza del fine, non il fine del viaggio*. È il ragionamento di colui che crede aver acquistata la scienza tosto che compra un libro, o di aver guadagnata una battaglia col solo armarsi ed uscire in piazza. E siamo noi troppo metafisici e sottili ? Dunque . purchè voi amministriate il fondo , sia che paghiate i frutti ad un altro, sia che li facciate vostri, il *fine* è sempre perfettamente conseguito ? Dunque sempre conseguito è il *fine*, sia che il vascello vi trasporti a Messina, sia che naufraghi, o vi meni a Malta o ad Algieri ? Ma dato che il vostro *fine* è l' *amministrazione* sola , e che accidentale è il riguardo del soddisfacimento del debito, e che la stessa *amministrazione* è un *ius in re*, certo è che fin che rimarrete col solo *ius* , senza ridurlo mai in atto , voi non entrerete mai in quell'amministrazione , come nell' altra ipotesi non monterete mai sulla barca. Or quando venite ad esercitare oggi il vostro dritto, conviene che vi uniformiate a' regolamenti d'oggi del vascello, ed alle forme d'oggi de' giudizii ipotecarii, nel qual caso anche dato il dritto, convien cominciarne l'esecuzione dal *pegnoramento* , e da tutte le nuove forme, le quali sono agli antipodi col quasi-salviano.

24. Sul che l'avversario ritorna alla *metafisica di parole*, che poi nelle risposte tanto gli dispiace. Il *salviano* (egli dice) è accessorio della *ipoteca* ; ma l' *azione ex salviano* non è *accessoria* dell'*azione ipotecaria*. — Vi abbiam risposto : se si sciogliesse l' *azione ex salviano* dalla *ipotecaria*, ritornerebbe *pura personale* (§ 9 e 14). Più: sotto la parola *quasi-salviano* si contiene tanto quello che l' autore impropriamente chiama *dritto di possessione*, quanto la *forma* onde farlo valere in giudizio. Se dunque il *salviano-dritto* è accessorio dell'*ipoteca-dritto*, il *salviano-azione* è accessorio dell'*ipoteca-azione*, o sia dell'*azione ipotecaria*. Ma il *salviano-azione* è certamente abolito , ed a' suoi ha surrogato la legge nuova altri modi per dispodestare il debitore de' beni ; i quali modi sono il *sequestro giudiziario*, l'*immobilizzazione de' frutti*, ed altri de' quali abbiamo lungamente discorso nel nostro trattato. Or questi sono incompatibili coi modi antichi, anche per lo spirito e la ragion generale della nuova legislazione. Dunque sostituita al *salviano-azione* altra via, l' antica è per ogni parte già chiusa. — *Quod erat demonstrandum* 1).

1) La corte suprema di Palermo fece dritto alle nostre difese, ed annullò la decisione del 19 gennaio 1827 (V. la *nota* 1 pag. 672). Ma un tale arresto di quella corte suprema non valse a fissare dapertutto nell'isola una giurisprudenza diversa dall' antica. Continuarono alcuni tribunali ad autorizzare l' uso del *quasi-salviano*. Finalmente fu imposto termine ad ogni controversia col real rescritto del 19 gennaio 1839.

IV.

REALE RESCRITTO

DEL DÌ 19 DI GENNAJO 1839

« QUALCHE COLLEGIO di cotesti reali do- « minii avea pensato potersi anche sotto « lo impero delle attuali leggi del regno « ritenere la osservanza dell'*utile-interdet-* « *to-salviano* secondo i metodi ricevuti « sotto le antiche leggi. Avea pure tal al- « tro Collegio opinato potersi accogliere le « dimande per liberanze provvisionali in « favore dei creditori sul prodotto de'frut- « ti, o del prezzo dei fondi pegnorati in « pendenza delle procedure di spropriazio- « ne, e di graduazione. »

« In proposito del *salviano* è stato os- « servato, — che il beneficio di quell'in- « terdetto era uno dei modi dell'antico si- « stema giudiziario, ammesso onde il cre- « ditore ottenesse la soddisfazione del suo « credito : — che le antiche leggi nell'in- « teresse tra il debitore, ed il creditore « possessore del fondo obbligato, accor- « davano il dritto al debitore di obbligare « il creditore istesso a vendere il fondo, « che riteneva in pegno, o a rilasciarglielo « per farlo vendere quando il valore del « pegno eccedeva il debito : — che nel si- « stema dell'antico fôro era pure costan- « temente ammessa nell'interesse dei cre- « ditori posteriori la facoltà nei medesimi « di fare per autorità del magistrato ven- « dere il fondo in pegno presso il credi- « tore anteriore, onde ciascuno di loro fos- « se soddisfatto pel rispettivo credito: — « che secondo il nuovo dritto vigente una « regola sola determina gli effetti del pe- « gno e della ipoteca sopra gl'immobili ; « quella cioè di vendersi giudizialmente il « fondo obbligato per dividersene il prez- « zo fra i creditori secondo il privilegio « ed il grado d'ipoteca, che a ciascuno « compete; la quale regola è perfettamen- « te uniforme alla su ricordata teoria del- « l' antico diritto : — che quando anche « discordanza esistesse tra le antiche e « le nuove regole per la esecuzione con- « tro il debitore, queste ultime hanno do- « vuto di necessità colpire anche il pos- « sesso del fondo, ottenuto in virtù del- « l' *utile-interdetto-salviano;* perciocchè « trattandosi di atto di mera sicurezza « non irrevocabile, e che non conferiva « diritto perfetto sul fondo, esso cadeva « naturalmente sotto le prescrizioni delle « nuove leggi relative alla materia, come « vi vanno soggetti i negozii non ancora « cominciati : — che la ulteriore osser- « vanza del cennato benefizio sia anche « contraria alle vedute di pubblica eco- « nomia, e lesiva del libero uso della pro- « prietà, che le leggi garentiscono. »

« In quanto poi alle liberanze provvi- « sionali è stato osservato, — essere le- « siva di tutte le regole concordi dell'an- « tico e del nuovo diritto, ogni liberan- « za che si accordi ad un creditore in « giudizio di concorso, innanzi dell'esa- « me definitivo del dritto di ciascun con- « corrente: — essere cotesto sistema vie- « tato dalla vigente procedura di spro- « priazione, per la quale è prescritto che « i frutti ed il prezzo di un fondo messo « in espropriazione forzata formino unica « massa da ripartirsi ai creditori in esito « del giudizio di ordine:—ed in fine non « aver alcuno dei creditori diritto a libe- « ranza, prima che il titolo, ed il diritto « creditorio venga assodato, e venga as- « sicurata la di lui capienza nel prodotto « del prezzo e dei frutti. »

« Rassegnato tutto ciò alla MAESTÀ SUA, « S. M. nel consiglio ordinario di stato « de' 13 andante, accogliendo nella sua « saggezza le enunciate osservazioni, si « è degnata dichiarare che per la pubbli- « cazione delle nuove leggi non siavi luo- « go sotto il loro impero alla osservanza « dell'*utile-interdetto-salviano*, nè a *libe-* « *ranze provvisionali*. »

« Nel Real Nome lo partecipo alle SS. « LL., perchè lo comunichino al rispet- « tivo collegio, e ne curino l' esatta os- « servanza. »

« *A' procuratori generali del* RE *nei* « *reali dominii al di là del Faro.* — « Napoli, 19 gennaio 1839. — NICCOLA « PARISIO.

V, VI. VII.

DELLE RICUSE CONTRO I GIUDICI

SOMMARIO

SEZIONE I.

Quistioni preliminari.

1. Signori 1), due quistioni preliminari io debbo pria presentarvi; e dopo di esse discenderò a quella dell'ammessibilità della ricusa di cui ci occupiamo. La prima quistione preliminare è, se questa camera criminale sia competente a pronunziare

1) Conclusioni pronunziate alla camera criminale della corte suprema d i giustizia a' 4 dicembre 1833, CELENTANO comm., NICOLINI m. p.

sulla dedotta ricusa: la seconda, se avendo i ricusanti già rinunziato prima ad una parte, poi a tutta la ricusa, questo pentimento tolga così di mezzo la ricusa medesima, ch'ella divenga tale come se non fosse stata mai prodotta, o almeno tolga a voi ogni potere di riconescerne la validità e la sussistenza.

2. Osservo sulla prima, che l'art. 3 del real decreto del 12 settembre 1828 rende competente questa camera criminale, se è ricusata la intera camera civile. L'art. 2 rende competente la stessa camera civile, aggiuntivi gl' individui dell'altra camera sino al compimento del numero legale, ove sieno ricusati individui della camera stessa, e non tutta la camera.

3. Or la ricusa proposta è occasionata da un provvedimento preparatorio, pronunziato già dalla intiera camera civile, dietro il quale si sostiene, che tutti i consiglieri, e l' avvocato generale con essi, sieno sospetti ad intervenire nella discussione del merito del ricorso fra le parti medesime. Presentata così la ricusa, se ne sottrassero in prima due consiglieri, assumendosi non esser essi concorsi al suffragio degli altri. Ma le decisioni sono del collegio: la differenza de' voti e delle opinioni non è che un affare interno della camera in atto che delibera: ad indagarne i particolari non han dritto le parti. All'incontro nell'atto primitivo della ricusa si attacca la *suprema corte nella intiera camera che avea pronunziato*. È vero che con un altro atto si rinunzia in fine a tutta la ricusa. Ma nel primo caso non rimarrebbero in quella camera che due; e due consiglieri non formano il maggior numero di una corte, la quale non può giudicare che con nove. Ma indipendentemente da ciò, può il ricusante restringere a pochi una ricusa, con la quale si attaccarono tutti?

4. Ciò rientra nella disamina della quistione più generale che mi propongo in secondo luogo. La rinunzia fatta dai ricusanti a favor d'uno o di tutti i ricusati, è ella autorizzata dalla legge?

5. La facoltà che ha ciascuno di rinunziare ad un suo dritto 1), è subordinata a due regole. La prima di esse è, che non può una rinunzia privata offendere la legge, nè i buoni costumi: la seconda, che non può offendere il dritto degli altri: regole entrambe di ordine pubblico; perchè l' una riguarda la cosa pubblica medesima, l'altra l' uguaglianza de' dritti di ogni suddito del Re in faccia alla legge.

6. La rinunzia a qualunque contestazione giudiziaria è paragonata alla transazione; e chiunque ha il dritto di transigere, ha il dritto di rinunziare 2). Perciocchè cominciata una lite, non vi è altro modo di terminarla, che o per via della pronunziazione del giudice, o per via di accordo fra le parti; e la rinunzia alla lite è un modo d'accordo e di convenzione. Tale rinunzia dunque è soggetta a tutte le eccezioni alle quali è soggetto ogni accordo, ogni convenzione, ogni transazione fra i privati: di modo che ella è invalida, se il rinunziante non ha la libera disposizione del suo dritto; è invalida se non è accettata e legalmente consentita dall'altra parte, la quale abbia pure la libera disposizione del suo dritto; è invalida se è *contra bonos mores*; è invalida *si iuri publico derogare possit, si laedit ius ceterorum, ne quo fraus cui eorum fiat* 3). Or la rinunzia che fa una parte all'atto col quale ella ha ricusato il suo giudice, cade in alcuna di queste eccezioni?

7. Osserva Poncet nel suo trattato *delle azioni*, che sebbene la ricusa sia permessa dalla legge nell' interesse particolare del ricusante, pure vi è interessata non poco la parte avversa, la quale è in rischio di esser privata del giudice, in cui la legge le permetteva di avere una particolare fidanza. Vi è interessata la società, anzi la stessa potestà sovrana, perchè ogni ricusa si risolve in sospetto di parzialità ne' giudizii, e mette in allarme il pubblico, alla cui tranquillità e sicurezza importa tanto, che ognun riposi nella certa conscienza che i magistrati *sine ira, sine studio* impartiscan giustizia: oggetto di altissima, anzi di prima impor-

1) L. 29, C., II, 3, *De pactis*.

2) V. Lepage, Démieau-Crouzillac, Carré sull'art. 402 cod. di proc. civ. fr. — Sirey, I, 194.

3) L. 3 et 7, § 7, D. II, 14, *De pactis*. — L. 16, e 30 C. II, 3, *eodem*. — Per questo principio i tutori non possono rinunziare alla instanza di punizione per reati commessi in persona de' minori senza parere di due giureconsulti, e del consiglio di famiglia omologato dal tribunale. Ne tratteremo appresso di proposito.

tanza per la vigilanza sovrana. Vi è interessato finalmente il giudice ricusato, perchè sempre oltraggiante è per lui il sospetto di parzialità e di deferenza; tal che la legge gli dà un dritto, in caso di rigettamento della ricusa, ad un' azione di riparazion d'ingiuria contro il ricusante 1). E ne sarebbero principalmente offesi i buoni costumi, perchè il pentimento del ricusante potrebb'essere interpetrato come effetto di un accordo colpevole tra lui ed il giudice ricusato. Che se la ricusa si presentasse con la coscienza di non esser ella valevole, e nel fine non d' ingiuriare il giudice, ma di differirne il giudizio, si oltraggerebbe il costume pubblico ugualmente e la morale del fòro, offrendosi nella ricusa un mezzo dilatorio ad arbitrio delle parti, con offesa alla giustizia, e con ingiuria al magistrato.

8. Arrestare adunque la discussione della ricusa ad arbitrio della sola persona che l' ha suscitata, sarebbe lo stesso che dare la facoltà di eccitar questo allarme, di turbare la mente del Re, d'ingiuriare la magistratura ed i giudici, di sovvertire in alcuni casi la pubblica morale, e far dipendere dall' arbitrio dell' autore stesso di questi mali il chiudere o tener aperta la sola via legale che vi è per tranquillare il pubblico, per riparare l' ingiuria, per ritirare la morale ai principii, o per ismascherare un giudice parziale ed indegno.

9. Ed ecco perchè le ricuse rigettate come temerarie, sono punite di multa, di cui profitta il real tesoro: ecco perchè tra le cause, nelle quali debbon essere necessariamente intesi i procuratori del Re, queste sono indicate fra le prime 2): ecco perchè il giudizio n'è circondato di forme più scrupolose e particolari, che nelle altre cause, ed è celebrato per due gradi, I, col giudizio di ammessibilità e ricognizione delle forme e de' mezzi della ricusa, II, col giudizio del merito. Si tratta di togliere dalla causa un giudice dato dal Re alle parti; si tratta di privarlo di quella giurisdizione che gli viene dal fonte unico di tutte le giurisdizioni; si tratta di spargere fra tutt'i sudditi del Re un dubbio, una diffidenza generale contro del ricusato in ogni altra causa, dubbio e diffidenza che riverbera sopra tutta la magistratura.

10. Si aggiunga, che la rinunzia ad ogni giudiziale contestazione prende qualità, come dicevamo al principio, di accordo e di transazione fra le parti (§ 6); e perciò non per la sola rinunzia, ma per la rinunzia accettata si può imporre fine ad una lite già cominciata 3). Or dov' è qui la parte, anzi dove, nello stato in cui è l'affare, può qui esser la parte che valga ad accettarla? Avrà il ministero pubblico facoltà di accettarla per la società, agitata dall' allarme che il primo corpo giudiziario del regno sia caduto, nell'animo di personaggi d' alta condizione ed ufizii, in sospetto di parzialità e di deferenza? Avrà egli facoltà di accettarla pel Re, di cui è procuratore, sì, ma senz'averne su questo particolare alcun espresso mandato? Avrà egli facoltà di accettarla pel real tesoro, al cui vantaggio è destinata la pena? Avrà egli facoltà di accettarla pel giudice ricusato, che non ancora è inteso?

11. Anzi la parte, la quale a' ricusanti è avversa nel giudizio che ha dato luogo alla ricusa, ha fatto a voi pervenire la sua formale protesta, ch'ella non intende che si accetti la rinunzia; ch'ella intende uscir da ogni agitazione per le vie legali; che anzi intende sperimentare le sue azioni pe' danni-interessi, che il ritardo del giudizio principale ha cagionati a lei per la ricusa. Il dritto a' consiglieri per la riparazione della ingiuria già fatta, è nato in essi al momento che la ricusa fu prodotta; ma l'esercizio n'è sospeso fino a tanto che non se ne verifichi la condizione, ch'ella sia dichiarata inammessibile o rigettata. All'incontro se costoro rinunziassero al ristoro de' loro danni interessi, ciò potrebbe giovare per estinguere l'azion privata, la quale non è che una conseguenza della causa della ricusa; ma non gioverebbe per dir transatta la causa stessa della ricusa, ove si tratta di ragion di uffizio e di ordine pubblico; mentre quella porzione che vi prende l'interesse privato è di tutta la contestazione la parte più lieve.

1) Art. 483 ll. di proc. civ.
2) Art. 151 l. org. — Art. 487 pr. civ.
3) Art. 495 e 496 pr. civ.

12. Nè vuolsi omettere, che quantunque causa della rinunzia voglia dirsi un error di fatto confessato poi da' ricusanti, com'è avvenuto nella esclusione de' due consiglieri, ciò niente rileva a rendere la rinunzia efficace. Poichè chi discende all'esercizio di un diritto sì grave, dee pro cedervi *cum mente et consilio*, instruendosi prima del fatto su cui poggia la ricusa; e poi dee presentarla. Molti esempii di cose giudicate giustificano la teoria che sosteniamo 1). Del che se non può più dubitarsi, l'atto primordiale della ricusa non poteva restringersi, nè modificarsi ad arbitrio; ed invalido è anche l'atto che la ricusa di dieci componenti l'intera camera, restringe ad otto individui.—Per le quali ragioni io son di avviso che dichiarata questa camera competente, e dichiarata inammessibile la rinunzia alla ricusa, si passi alla quistione. se i motivi proposti da' ricusanti nel primo atto contro la intera camera civile di questa corte suprema, sieno ammessibili.

Sezione II.

Disamina de' motivi di ricusa.

13. Tutta questa ricusa si riduce a due capi, l'uno comune a tutta la camera civile della corte suprema, l'altro particolare al consiglier commessario.

14. Il primo capo nasce da una pronunziazione preparatoria, con la quale si dice essersi preventivamente giudicato il merito di una causa pendente tuttavia in appello 2). Ma basta riscontrar l'atto dei ricusanti medesimi, col quale fu provocata questa preparatoria, e si vedrà che quanto venne a pronunziare la camera ricusata, tutto era stato proposto da essi, e ch'ella non fece altro, che andar sulle tracce da essi stessi segnate. Or sarebbe questo il più capzioso modo di proporre ai giudici le controversie, quando il rispondervi portasse a giudizio anticipato di una causa, ed il non rispondervi a denegata giustizia 3): tal che colui che premedita di attaccare il giudice, ne trovi un modo certissimo così nell'uno, come nell'altro caso.

15. Certamente non è questo il motivo, di cui tien conto l'art. 470 n. 8. Il che è sentito, anzi implicitamente confessato da' ricusanti medesimi in quel secondo atto, con cui restringono il numero de' ricusati. Perciocchè spiegando essi quali magistrati intendevano nominatamente ricusare, escludono i due che nella votazione e nella discussione interna della causa votarono, secondo ch'essi credono, a favor loro, e concorsero alla soscrizione, sì, non alla formazione di quel provvedimento preparatorio. Ma certamente questi due furono nella discussione. Dunque presero cognizione della causa, come gli altri, e la presero tutti come giudici. Se dunque i ricusanti, fra tutti coloro che presero cognizione della causa, escludono dalla loro querela sol due, non è la preventiva cognizione dell' affare, nel modo com' ella è stata presa dall' intero collegio, la quale sia il motivo vero della ricusa, ma il disdegno che i due ch'essi suppongono favorevoli, sieno stati vinti dal maggior numero contrario. E sarebbe nuovo che la legge facesse un capo di ricusa del dispiacere e dell'ira che sentono ne' giudizii le parti perdenti.

16. Certo è che ricusabile è il giudice che abbia presa cognizione della causa come giudice o come arbitro, ma non quando ei si prepara alla cognizione definitiva con rispondere alle quistioni che le parti preparatoriamente propongono. Altrimenti sarebbe vana la disposizione degli art. 135 e 515 proc. civile, che le interlocutorie e le preparatorie non legano il giudice (a). Egli può rivocarle sempre,

1) L'inefficacia della rinunzia alla ricusa è sostenuta dall'arresto nella causa di *Camillo Rossi*, 28 settembre 1832, Montone comm., Nicolini m. p., dall'arresto del 1 agosto 1834, nella causa *Colaianni*, Celentano comm., Letizia m. p., o da altri. — In quest'ultima causa si agitò la quistione, se data una ricusa con motivi presentati in cancelleria, possa ella venire in seguito ampliata con conchiusioni motivate, quando i primi erano già sul punto di essere discussi; e si rispose negativamente. Tanto aborre questo giudizio dalle correzioni e da' pentimenti.

2) Le parole del n. 8 dell'art 470, le quasi si prendono come fondamento della ricusa, sono: *se il giudice precedentemente ha preso cogniaione della causa come giudice* o *come arbitro*.

3) O dunque *ricusa* o *presa-a-parte*.

(a) *Gli enunciati due articoli non trovano riscontro nella nuova procedura civile, la quale non più definisce le diverse specie di sentenze, e per essa tutte sono appellabili.*

e riformarle; e perciò non può esser ricusato. La cognizione preventiva di cui parla l'art. 470 n. 8, si avvera in primo luogo quando un magistrato credendo non poter esser mai giudice della causa, commette la debolezza di consigliarne la difesa 1). — In secondo luogo viene la cognizione che si prende nei varii gradi di giurisdizione. Così un giudice che ha presa cognizione della causa in prima istanza, non può giudicarne in appello; nè chi ne ha presa cognizione in prima istanza o in appello, può giudicarne in corte suprema. Sarebbe assai strano che in censore e riformatore di un atto giudiziario, potesse erigersi l'autore stesso dell'atto.— Viene in terzo luogo chi ha preso cognizione della causa anche in un tribunale uguale o superiore, come avviene di frequente ne' giudizii di rinvio per annullamento di decision precedente, quando un giudice del primo collegio si trovi traslocato nell'altro; perciocchè ci potrebbe recare al giudizio novello un animo pregiudicato da opinioni precedenti.

17. Per le quali cose avviene ogni giorno, che nelle cause da trattarsi nello stessò grado di giurisdizione, il magistrato il quale ha preso cognizione della intera causa con una o più delle parti presenti, ben giudica poi nuovamente con altre parti presenti in grado di opposizione, ovvero in grado di opposizione di terzo e d'intervento in causa. Avvien pure che con piena cognizione della causa, ancorchè sulle conclusioni definitive delle parti, non faccia che una interlocutoria; e poi in altra udienza pronunzii una definitiva. Il che si rinforza nella discussion presente, quando osserviamo non esser fondamento di questa ricusa la dispositiva di quella preparatoria, ma la sua motivazione; e la motivazione lega assai meno il giudice, che una dispositiva, benchè interlocutoria o preparatoria. E nelle discussioni a camere riunite in corte suprema, ove certamente si tratta la causa tra le stesso persone e pei motivi medesimi, del pari ch'ella per l'appunto venne discussa altra volta da una sola camera, in queste discussioni non vengono forse legalmente a giudicarne anche i medesimi consiglieri, che non pure ne hanno presa cognizione, ma vi hanno pronunziato.

18. Oltre a che l'unica causa pendente fra quelle parti in corte suprema è di credito e debito fra *Melfi* e gli *aventi causa* da *Melfi* ed *Alvito*. Per giudicar questa si è allegato a sospetto il collegio. Il motivo della sospezione è che la preparatoria pronunziata dalla corte suprema ferisca un'altra causa pendente tuttavia nella gran-corte civile, causa nella quale, benchè non siasi potuto attaccarla per ora di ricorso, i ricusanti asseriscono di aver molto interesse. Diverso persone, divers'oggetto, diversa ragion di domandare, diversa qualità con cui le parti stanno nell' una e nell' altra in giudizio. Se le due cause non sono una causa sola e la stessa, non vi è timore che con la preparatoria alla prima si offenda il famoso brocardico, ***non bis in idem***.

19. All'incontro siamo in una preparatoria che non lega il giudice per la sua *dispositiva*, e molto meno pei suoi *considerameuti*. Quando si andrà a discutere il ricorso nel merito, la camera civile potrà bene, conosciuta meglio la cosa, se lo crede giusto, rivocarla o modificarla. E s'egli è vero che siavi evidente nesso fra le due cause, cioè tra quella che pende in corte suprema, e l'altra che non per anco è decisa dalla gran-corte civile, potrebbe allora la s. c. vedere quello che nella preparatoria non vide, e ritornare indietro, e giudicare in modo, se giustizia il consente, che non si offendano affatto quegli altri dritti de' ricusanti.

20. Questo capo dunque di ricusa non è quello dell'art. 470 n. 8. — Nè da esso può trarsi il mezzo generale di odio e di amore secondo le nostre leggi antiche. Io so l'opinione di Dremiau-Crouzillac 2). Ma so pure il rescritto del dì 11 dicembre 1813, il quale vuole che i motivi di ricusa

1) Rientra allora nell'altro comma del d. n. 8: *se il giudice ha consultato, aringato, o scritto nella causa*. — Così un giudice il quale non credeva dover mai pronunziare su d'una causa, consigliò intorno ad essa una delle parti. Egli confessando ingenuamente questo fallo, si ricusò di giudicare. La ricusa volontaria fu ammessa, benchè il giudice non fosse stato lodato per esser disceso a queste confidenze con la parti. Arresto del 21 febbraio 1839 nella causa di *Beniamino Camerini*, Celentano comm., Nicolini m. p.

2) Demiau-Crouzillac sull' art. 378 cod. pr. civ. fr.

—

sieno per l'appunto, e testualmente, ed esclusivamente quelli che l'art. 470. propone. Molti vostri arresti han tratto da questo rescritto anteriore alle nuove leggi la norma della nostra attuale giurisprudenza. *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur* 1).

21. Il motivo particolare poi al consiglier commissario parla d'una costui risposta, senza che, per ben estimarne il valore, ci si faccia conoscere la persona dell'interrogatore, nè il tenore della interrogazione, nè l'occasione ed il luogo del dialogo, nè il come, nè per qual mezzo ne sia giunta la notizia a'ricusanti. *Noctu audita ex delubro vox*. Ma Livio stesso che rammenta questa vecchia favola 2) ce la racconta sol come credenza altrui, onde si faccia un giusto concetto dello spirito de' tempi, non come sua, e molto meno perchè la creda il lettore. Pur tutta volta, supponendo vera quella risposta, ella non disvela altro che un uomo franco ed aperto a chi lo interroga intorno ad una causa. Interpetrativamente se ne vuol dedurre quella che noi prima dicevamo *propalazione del voto*. Questa non entra nelle leggi nuove tra i motivi di sospensione, se non è cognizione preventiva della causa in qualità di consultore, avvocato, arbitro o giudice, e giudice in altro tribunale, ed in altra sede di giurisdizione.

22. Ma ancorchè noi fossimo oggi regolati dalle leggi antiche, viene a proposito la prammatica 22, § 11, *de suspicione officialium* — « Ordiniamo che quella « (*propalazione*) che nasce chiaramente « o interpetrativamente nell'atto della in« formazione che si dà ai giudici del me« rito della causa, così in ruota, come « per le loro case, non sia bastante mo« tivo per ricusarli, come pure quando « si volesse indurre da relazioni o pare« ri, che quelli trasmettono ai magistra« ti » — Or cosa è mai cotesta *propalazione* di cui si ragiona? Una risposta generale, una frase di urbanità, la quale ancorchè volesse accusarsi di poco misurata (il che non è), non mostra altro, se non che la toga non cangia in tutto il carattere e l'indole di un uomo; che un magistrato può ben essere incorrotto e giustissimo, e non aver l'arte di dissimulare, nè la malizia di fingere, nè la scortesia di non rispondere a chi l' interroga. Che se non si ottenne da lui l'altra cortesia di farsi autore d'una preparatoria favorevole, egli certo non potea transigere con la sua coscienza: e non è necessario il rammentare che i giudici possono con prudenza accordare alle parti quello che la legge rimette al loro arbitrio; ma le loro cortesie non debbono sperarsi, che *usque ad aram*: la loro ara è sacra ad una Dea, che non solo è inflessibile, ma che ebbe nuovamente, per mano del nostro giovine Re, bendati gli occhi ad ogni riguardo.

23. Per queste ragioni io dimando in nome della legge, che questa ricusa si dichiari inammessibile, perchè non entra ne' capi, pei quali la legge dichiara ricusabili i magistrati; e che sieno i ricusanti condannati alla multa, ai termini del real decreto del 1828 3).

—

1) Questa quistione è stata agitata più volte in corte suprema, e sempre si è risoluta per la giurisprudenza introdotta dal mentovato rescritto. Esso è dichiarativo di un art. dell'antico cod. di pr. civ. conservato con le stesse parole nel nuovo. Noi ne abbiamo ampiamente ragionato nella nostra *Procedura penale, parte terza*, § 281 a 284. — L'arresto della corte suprema del 1 febbraio 1819 nella causa di *Andrea Valente* e *Giacomo Ventresca*, fissò la massima irrevocabilmente. In questa causa pronunziammo le conclusioni che daremo al n. seguente; *et hoc iure utimur*.

2) Liv. XXIX, 18.

3) Così fu deciso.

VI.

Poteri della corte suprema di esaminare nelle cause di ricusa i motivi di essa, quando il ricusante sia morto in pendenza del ricorso. — Se i motivi di ricusa espressi nell' art. 470 pr. civ., sieno tassativi, o a modo d' esempio. — Se il ricorso in materia di ricusa, presentato da chi è morto in pendenza della discussione di essa, sia comunicabile ad altro imputato non ricorrente.

1. Signori 1), la gran-corte criminale di Aquila con sua decisione degli 11 agosto 1818 dichiarò inammessibile l'instanza di ricusa prodotta dall'accusato *Andrea Valente* contro il presidente della stessa corte, e contro il giudice commessario della causa. *Valente* ne ha prodotto ricorso per annullamento. Trasmessi gli atti alla corte suprema, egli è morto nelle prigioni. Intanto il suo complice nella stessa causa, *Giacomo Ventresca,* dev'essere ancora giudicato.

2. Sorgono da ciò due quistioni: I, La morte del ricorrente toglie alla corte suprema ogni dritto di esaminare il suo ricorso? II, In materia di ricusa l'instanza di un correo, contro il suo giudice, giova all'altro correo, quando la causa è individua?

3. Facile a me sembra la soluzione della prima quistione. La morte dell'accusato estingue ogni azion penale contro di lui. La stessa azion civile nascente dal reato non può sperimentarsi contro chi lo rappresenta, se non innanzi a' giudici civili 2). A che dunque disputar di ricusa contro il presidente ed un giudice della gran-corte criminale, se costoro non possono più giudicare il ricusante, nè chi lo rappresenta? Chiaro è dunque, che attesa la morte del ricorrente non vi è più luogo a deliberare giuridicamente fra le parti sul suo ricorso.

4. Ma trattandosi di un richiamo che tocca l' onore de' magistrati innanzi alla corte suprema, le di cui alte facoltà non si limitano ai particolari di una causa, ma sono intese principalmente a guardare in generale, se sia regolare e conforme alle leggi l'andamento della magistratura 3), non credo fuor di luogo riandare il corso di questo affare, e non solo discutere il valore della decisione impugnata, ma anche il merito della ricusa prodotta.

5. La ricusa fu distinta in sei capi: I, detenzione arbitraria del ricusante per più mesi senza mandato di arresto, e senza causa sufficiente: II, niego di giustizia per non essersi agito contra gli autori del suo arresto: III, interesse personale spiegato dal presidente per avere sborsato le spese del processo, premiando con ducati dieci coloro che, dopo di essere stato scarcerato esso *Valente*, lo ricarcerarono 4): IV, convizione prematuramente spiegata dal giudice commessario, la quale, prima della discussione pubblica, ci tenne il ricusante qual reo del misfatto: V, atti illegali e forme di rito conculcate in un esperimento di fatto, ed in alcune osservazioni astronomiche, sulle quali tutta poggiava la difesa di lui: VI, procedimento ulteriore ad onta de' ricorsi alla corte suprema, presentati contra la illegalità di tale esperimento.

6. Di questi sei capi è evidente, che con quattro si attacca piuttosto tutta la gran-corte, che i soli presidente e commessario. Intanto non è la gran-corte intera, la quale sia allegata a sospetto. Tutti i sei motivi si vogliono far servire in appoggio del capo terzo, che attacca il presidente, e del capo quarto che riguarda il commessario. Per lo che non siavi discaro guardar tutta la causa, della quale

1) Conclusioni nella causa di *Andrea Valente* e *Giacomo Ventresca*, 1 febb. 1819, Farina comm., Nicolini avv. gen.

2) Art. 40, regolamento del 1808, sotto il cui impero fu trattata questa causa. — Art. 4 proc. pen. — V. la nostra *Procedura penale*, parte prima, § 819 e 839.

3) Art. 70 l. org. del 1808. — Art. 132 e 139 l. org. del 1817.

4) Le parole dell'art. 378 pr. civ. fr. allora in vigore (470 delle nostre attuali ll. di proc. civ.) sono: *Se ha sborsato danaro per le spese degli atti.*

—

ogni fatto si cerca far influire su'due motivi di particolare ricusa.

7. Tutto il processo, e le medesime instanze di *Valente*, ed i rigiri della sua difesa, ce lo dipingono per uomo di pessima opinione, rotto ad ogni reato, intrigante, diffamato per violenze e per furti. Molti furti di strada pubblica, commessi nel 1815 e ne' principii del 1816, da associazioni numerose di malfattori, mantenevano inquieto il distretto di Solmona. Fra gli autori di essi, per l'indole facinorosa ond' era temuto, venne indicato *Valente*. Fu quindi, per disposizione della polizia ordinaria, a' 17 febbraio 1816 arrestato. Ai 2 marzo l'intendente lo mise a disposizione della gran-corte criminale. Un volume intero di lettere di quel procurator generale ai giudici di circondario, e di risposte di costoro al procurator generale, vi attesta il vigile zelo di quel magistrato, e le difficoltà quasi insormontabili, che presentava la rigida stagione per lo viaggio de' testimoni, e per la compilazione del processo. Non appena però si vide che non si riunivano che indagini poco concludenti pei reati de' quali ragionava l'intendente, tosto alla dimanda che il dì 16 di maggio fece l'avvocato di *Valente* per la di costui escarcerazione, il ministero pubblico, ai 16 del maggio stesso, scrisse la sua requisitoria, ed ai 17 la gran-corte ordinò ch'ei fosse liberato.

8. Da ciò vedete come sieno calunniose le proposizioni che di tratto in tratto son gittate nelle memorie di *Valente* intorno alla lunghezza od illegalità di questo suo primo arresto. La polizia ordinaria in arrestare un uomo della sua tempra, la di cui diffamazione si trovò poi confermata niente meno che da un processo di assassinio 1), usò delle sue facoltà, le quali sono state in seguito meglio determinate e stanziate dai numeri 9 e 10 dell'art. 7 delle istruzioni de' 22 gennaio 1817 2). Il trasporto del reo in quella stagione, non permise di poter egli esser messo a disposizione dell'autorità giudiziaria prima del 2 marzo. L'autorità giudiziaria non potette avere prima di maggio le instruzioni sulla causa. Ma non appena che queste le giunsero, ella si fece un dovere di non perder tempo per esaminarle.

9. E perchè queste non presentavano, non fatti, ma opinioni contro di lui, nè il processo sull'assassinio le era ancor noto, la gran-corte stessa non esitò un momento a metterlo in libertà. Così lo zelo di lei fosse stato in questa occasione meno attivo! Dapoichè mentre *Valente* ai 17 maggio usciva con un altro di prigione per l'imputazione di più furti, ai 19 il giudice di circondario rimetteva al procurator generale l'istruzione per l'assassinio, commesso dallo stesso *Valente*, e da *Giacomo Ventresca*, nella notte de'10 febbraio, in persona di *Giuseppe di Pietro*. Questo assassinio era stato riferito fin dai 12 febbraio dal supplente di circondario: ma non so per quale inavvertenza al procurator generale fu scritto per equivoco *Emiddio Valente*, e non già *Andrea*. Sì fatto equivoco valse la libertà di costui, pronunziata ai 17 maggio. Ma tosto che il procurator generale dalla lettura del nuovo processo vide provata contro di lui medesimo questa reità capitale, spedì tosto a raggiungerlo un mandato di deposito, e così del processo, come di questo mandato, diede a' 6 giugno conoscenza alla gran-corte; anzi spiegò nella sua requisitoria ch'egli stesso avea consegnato con premura il mandato di deposito al capitano della gendarmeria. La gran-corte in data de' 7 deliberò, che si spedisse contro de' due rei un mandato solenne di arresto colla soggiunta, che il pubblico ministero prendesse le più energiche ed efficaci misure per la esecuzione. In forza di questi ordini venne carcerato *Valente*; ma menato innanzi all' intendente, questi il mise di nuovo, nel dì 3 del successivo luglio, a disposizione della gran-corte.

10. Questa istoria, registrata in processo, vi mostra quanto sia calunnioso il dire, che il presidente abbia mostrato interesse personale in questa causa. È il ministero pubblico, che spedisce il mandato di deposito; ed egli stesso lo con-

1) Era il nome legale dell'*omicidio con agguato*, secondo il cod francese che imperava prima di settembre 1819.

2) Noi demmo il comento di queste nobilissime *Instruzioni* in un'appendice alla nostra *Instruzione pei giudici di pace*, pubblicata in tre vol. nel 1812. — V. la nostra *Procedura penale*, parte prima, § 80, 84, 309 a 311, 316, 348 e 542, e parte seconda, § 122, 269.

segna al capitano della gendarmeria. La corte intera, e non il solo presidente, spedisce il mandato di arresto, ed incarica il pubblico ministero a prendere le più energiche ed efficaci misure per la esecuzione. Il carcerato in fine va nelle mani dell'intendente, il quale lo trasmette a disposizione dell'intera corte. In quale di queste scene figura il presidente, come interessato personalmente nell'affare? Qual atto fa argomentare la possibilità, non che l'esistenza del pagamento fatto da lui? Se cosa è da marcarsi in queste procedure, ella è solamente l' ardore infaticabile di questo magistrato per la rapida amministrazione della giustizia. Era urgentissimo, che un uomo non stretto da gravi indizii, non rimanesse ulteriormente in prigione; e non appena che a 16 maggio con sua requisitoria il pubblico ministero rimette il suo destino alla disposizione della corte, subito ai 17 la corte è convocata dal presidente, ed *Andrea Valente* è messo in libertà. Era poi più che urgente, che quest'uomo scarcerato per equivoco di nome, e nonpertanto reo di atroce misfatto, ricapitasse nelle mani della giustizia. Ai 6 giugno il ministero pubblico domanda la spedizione del mandato di arresto; ed ai 7 è convocata dal presidente per questo oggetto la gran-corte, ed il mandato è spedito. Cosa mai il rigiro della più cavillosa difesa può trovare in questa condotta, che non sia sommamente lodevole, non che legale?

11. Ma si fa nelle memorie scritte a nome di *Valente* rimbalzare contra l' intera gran-corte, e principalmente sul presidente, il niego di giustizia per non essersi versato sull' abuso di potere della polizia ordinaria nel primo arresto di *Valente* per causa di furto. L'instanza sopra di ciò fatta dall'avvocato sì di *Valente*, e sì dell'altro arrestato per la stessa causa, dice soltanto: *ricorrono alla vostra inalterabile giustizia, e la pregano degnarsi disporre, che siano senza ritardo escarcerati, rimanendo alla cura del pubblico ministero di perseguitare i colpevoli dell'arbitrario arresto, e della illegittima detenzione da'supplicanti sofferta.* Questa è la supplica del 16 maggio, che partorì la scarcerazione di *Valente* segnata ai 17. Solamente la sua scarcerazione era domandata: il resto era rimesso alla cura del min. pub. Or poteva il min. pub. aprire un'istruzione sull'arbitrario arresto di quest'uomo, se venne subito a lui rimesso il processo dell'assassinio, del quale costui era chiarito reo precedentemente all' arresto? L' avrebbe potuto, se quest' ultimo processo metteva nel più chiaro lume la sua rea fama in ogni specie di misfatti? E prescindendo da ciò, qual colpa ha la gran-corte, quale il presidente, se una querela rimessa all' arbitrio del ministero pubblico, non sia stata da lui proseguita?

12. Ma non cessano le doglianze di *Valente* anche per la seconda carcerazione, quasi che fosse stata colpa di quei magistrati, ch'egli da' 3 luglio 1816 sino alla fine del 1818, quando venne a morte in prigione, non fosse stato giudiziariamente disbrigato. Sul che è da osservare, che trasmesso alla gran-corte questo reo ai 3 luglio, ai 4 ei venne interrogato dal presidente medesimo. I particolari ne'quali egli entra nell' interrogatorio, ed il campo amplissimo che vi si dà alla sua difesa, osservatelo voi stessi nelle sette pienissime pagine, ove diffusamente le sue risposte contengonsi.

13. Viene in seguito nelle forze il complice *Ventresca*, ed è interrogato ai 19 luglio. Sei e più altre pagine sono impiegate per l'interrogatorio di costui. Ma già il pubblico ministero, coll'attività dello zelo che lo distingue, prima di attender *Ventresca*, aveva ai 13 presentato l'atto di accusa, e renduto pubblico il processo. In seguito l'accusa dovette rinnovarsi per *Ventresca*. Or potevasi mai maggior rapidità combinare con la instruzione sugl'interrogatorii, e sui particolari necessarii all'accusa? Potevasi serbar meglio l' ordine del giudizio, e correre con più speditezza al suo termine? Ma che valse ciò a quei magistrati? Da questo punto in poi non vi è eccezione, non dimanda di esperimenti, non repulsa, non rigiro forense di alcuna sorta, che non si sieno impiegati per far sì, che un' accusa, sulla quale potea comodamente pronunziarsi ai principii di agosto 1816, sia già rimasta quasi tre anni sospesa.

14. Non vi parlo delle eccezioni per fasi lunari, e per osservazioni astronomiche. Aquila, città coltissima, non con-

tenea pel trist' uomo chi conoscesse le nozioni preliminari della scienza da cui la soluzione di questi dubbii dipende. Vi bisognava un Piazzi, un Brioschi. E poi s'impugnava il parere de'professori i più celebrati, e si dimandava uno sperimento di fatto. Ma basta leggerne le instanze, perchè chi ha fior di senno conosca che le particolarità che si hanno in mira, e gli ostacoli che si mettono innanzi, sono intesi a turbare ed involvere la verità, non già a metterla in chiaro. L'esperimento notturno venne accordato. Se non che nello scriversi il verbale che dovette compilarsene, e nell' elevarsi la pianta topografica del luogo, convenne che si disegnasse il punto ov'erano i testimoni, l'altro ove fu sorpreso l'infelice ucciso, e quello da cui sbucarono gli aggressori ch'erano lì presso in aguato. Ma il nome di quei che n'erano accusati, era già noto. Dunque nella pianta e nel processo verbale di sperimento vennero indicati costoro pel loro nome e cognome.

15. Qui all'accusato, qui al suo difensore sembra di cogliere veramente in aguato il giudice commessario. Ha spiegata, essi esclamano, ha spiegata un' anticipata convizione, e quindi è sospetto. Ma credereste forse, che siasi gridato ciò nel mentre l' esperimento si faceva? No: si voleva prima tirare a lungo l'esperimento con procurare la trasmissione del processo alla corte suprema per ricorso prodotto avverso le osservazioni astronomiche; e la gran corte a' 24 febbraio 1817 ebbe mestieri di deliberare sull'oggetto, onde dire che trattandosi di atti di procedura e di deliberazioni interlocutorie, non era aperto l'adito alla corte suprema, che dopo la definitiva. Nuovo ricorso per annullamento, nuove eccezioni, nuove deliberazioni e ricorsi dopo di queste. Ciò non ostante lo zelo di quei giudici e di quel pubblico ministero si raddoppiò in faccia agli ostacoli; nè trascorse il febbraio del 1817, che l'esperimento era già terminato. Proteste allora, e dimande di nuovi esperimenti. Queste vennero rigettate. Il momento in cui la discussion pubblica dovea celebrarsi, era venuto. Allora fu, che come ultimo rimedio si produsse l'instanza di ricusa, *presentata dal carcerato Andrea Valente, cui letta la medesima dal cancelliere, disse essere stata formata di sua volontà dal di lui avvocato, e sottoscritta di suo proprio pugno.*

16. In questo foglio il capo di ricusa contro il presidente si restringe, come sopra io diceva, alla somministrazione di danaro fatta da lui ai capienti di *Valente;* ed il capo di ricusa contro il commessario, all'avere anticipata la sua convizione nell' esperimento. Che il capo contra il presidente sia evidentemente calunnioso, ciò che vi ho poco prima rassegnato di fatto, il dimostra. Che sia indegno di confutazione il secondo, la sua esposizione stessa vel dice. Gli altri fatti che si vorrebbero far riverberare contro l' uno, e contro l'altro magistrato, sono tutti smentiti dal processo.

17. Ma la gran corte criminale (replicava il ricorrente) non ha esaminati questi altri fatti nel merito della ricusa, mentre poteva trarsi da essi qualche argomento di odio o di favore: potea forse trarsene anche l'opposto; ma essi dovevan esser discussi: la decisione senza di ciò non risponde alle dimande della parte, e non è motivata 1). La corte, ei soggiungeva, ha così senza ragionamento dichiarati inammessibili anche questi motivi, i quali chiarivano l'odio de' magistrati pel ricorrente, oggetto generale e fine della ricusa, di cui la gran-corte non si è affatto occupata.

18. Perchè tal quistione si vegga nel vero suo lume, è da rammentare che diventato legge appo noi il cod. di pr. civ. fr., la circolare de' 17 giugno 1809 estese indefinitamente i motivi di ricusa ad ogni fatto che potesse far argomentare nel giudice amore od odio per alcuna delle parti. Questa circolare, che senza regia approvazione interpetrava estendendo quell' art. 378, non era che una particolare opinione inspirata dalla legislazion romana e da' nostri vecchi usi 2), e gittava in un campo indefinito ed arbitrario la parte la più circospetta della legislazione, qual è la facoltà data a' litiganti di ricu-

1) Le decisioni in materia di ricusa debbono essere pienamente motivate in fatto ed in dritto. Arresto del 25 febbraio 1836 nella causa di *Nicola Rotondo*, Montone comm., Nicolini m. p.

2) V. questa storia nella nostra *Proc. pen.* III, § 281.

sare il loro giudice. L'antica legislazion romana partiva dal principio che mal sedeva giudice in una causa colui che non era voluto dalle parti 1); e per quanto fossero stati poi diversi i principii intorno all'autorità ed agli ufizii de' magistrati, e benchè non fosse più stata bastante la nuda formola antica, *eiero*, senza addurne il motivo, e si fossero voluti scritti i motivi, ciò nondimeno questi non vennero mai determinati, e tutti potevano esser utili, purchè mostrassero che il giudice poteva non essere imparziale. Ma l'odio, l'amore, l'interesse, la debolezza d'animo, la deferenza, furon essi mai così definiti, che rappresentassero un gruppo d' idee sempre costanti e le stesse? Le pene però de' delinquenti, e la definizione di molti reati, erano anche affidate allora all'arbitrio del magistrato. Tutto si decideva *ex bono et aequo:* la coscienza individuale del giudice era più forte della legge. Qual maraviglia è dunque, ch'ei pure in caso di ricusa fosse messo all'arbitrio di altri giudici, i quali ne giudicavano secondo che la lor coscienza, e le circostanze particolari de' fatti, facean sembrargli più congruo? (a)

19. Ma nel nuovo ordinamento giudiziario, in cui non può sperimentarsi un dritto se non garentito espressamente dalla legge, nè può ad alcuna azione darsi nome di reato, se non ne' casi dalla legge espressamente stabiliti, nè può da voi censurarsi una decisione se non per contravvenzione manifesta al testo espresso della legge, come avvenir potrebbe, che un giudice investito di parte dell'autorità sovrana, fosse scacciato dal suo seggio per motivi sì vaghi, che corpo e sussistenza prender non possano altronde che dal giudizio incerto e sempre variabile dell'uomo? La dignità della magistratura, il fonte augusto da cui ne deriva il potere, l'indole della nuova legislazione, esigevano provvedimenti più certi, e determinazione *tassativa* di casi, al di là de' quali non può marchiarsi d' onta un magistrato, come non può offendersi alcun dritto privato.

20. Fu dunque saggio consiglio quello di prendere in materia tanto importante

1) Cic. *pro Cluentio*, c. 43. — Plin. *Panegyr.* c. 36.

(a) *Oggi la innovazione degna di nota in fatto di ricusa è relativa ai giudizii coi giurati, pei quali la ricusa è di diritto, cioè perentoria, e si fa dall' imputato e dal pubblico ministero senza esprimere alcun motivo (art. 116 leg. sull'ordinamento giudiziario). Fra' nomi dei trenta giurati dai quali devono uscire i dodici ordinarii e i due straordinarii per comporre il giurì, le parti nella perfetta concorrenza dell'esercizio del dritto di ricusa possono ricusarne otto per cadauno. Se però il pubblico ministero ne avesse ricusato soli quattro, non sarebbe impedito all'accusato di ricusare i rimanenti dodici. Invece il pubblico ministero non può mai ricusare oltre la metà del numero eccedente i quattordici, e deve dichiarare prima degli accusati se ricusi o no il giurato estratto. La ricusa dev' essere fatta al momento della estrazione (det. art. 116).*

Se vi sono più accusati essi possono accordarsi fra loro per esercitare in comune e separatamente il dritto di ricusa come nell'articolo precedente — In mancanza di tale accordo preventivo, la sorte regolerà fra essi l'ordine nel quale saranno ammessi a ricusare, ed in questo caso i giurati estratti e ricusati da uno nell'ordine suespresso, s'intendono anche ricusati per gli altri sino a che sia esaurito il numero delle ricuse permesse. — Se l'accordo tra più accusati riguarda una parte soltanto delle ricuse, le altre sino al numero stabilito possono da ciascuno di essi farsi nell'ordine che verrà fissato dalla sorte (art. 117 det. leg.).

Il diritto di ricusare i giurati essendo concesso dalla legge al pubblico ministero ed agli accusati, viene con ciò stesso negato alla parte civile, la cui azione essendo pedissequa e famulativa all' azione pubblica, non può partecipare a tutto ciò che è inerente ed esclusivo all'esercizio di codesta azione.

Secondo il codice d'istruzione criminale di Francia l' accusato ed il procurator generale possono esercitare un egual numero di ricusazioni; ed intanto se il numero dei giurati è dispari, gli accusati potranno ricusarne uno dippiù dal procurator generale (art. 301). Coerentemente la Corte di Cassazione avvisò che il ministero pubblico non può esercitare le sue ricuse su la lista dei giurati, in modo che l' accusato non possa esercitare tale facoltà con eguale latitudine, e che il silenzio dell'accusato a questo riguardo non è un ostacolo ond'egli non possa in seguito domandare l'annullamento del dibattimento, sul motivo della composizione illegale del giurì (24 nov. 1813); che appartiene al solo presidente e non alla Corte di assisie il decidere sulle contestazioni occasionate dalle ricuse, e dalle altre operazioni relative alla formazione del giurì (1 dicembre 1820 Cass.); e che il ministero pubblico non può ricusare un numero di giurati maggiore di quello che gli compete; quindi allorchè l'accusato dopo avere esercitato un certo numero di ricuse, si arresta senza esercitare in seguito le altre, e che avrebbe il diritto di fare, il ministero pubblico può continuare a fare le sue fino al numero prescritto, senza poterlo oltrepassare: le altre ricuse non debbono essere esercitate, o possono esserlo dal solo accusato (24 dicembre 1813 Cass.).

gli ordini sovrani. Quindi il rescritto degli 11 dicembre 1813, con cui si statuì, che i capi della sospezione de' giudici sono tassativamente quelli che vengono specificati dal tit. 11 del lib. 2 del cod. di proc. civile 1). Nè già il nostro legislatore trascura gli altri motivi d' indole più generale. Da tante e sì strane passioni è agitato lo spirito umano, che talvolta diventa indegnissimo di giudicare chi più è al coperto da' motivi che la legge assegna alle ricuse giuridiche. Ma questi soli posson esser materia di piato fra le parti. Gli altri son sottoposti al giudizio supremo del Re per le rimessioni a riguardo della pubblica sicurezza 2). Riteniamo dunque che in giudizio, ed innanzi alle autorità giudiziarie, non possono essere ammessi che i soli motivi di ricusa espressamente preveduti dalla procedura civile.

21. Non pertanto si avrebbe voluto far entrare il mezzo di ricusa del presidente nelle parole del n. 8 dell'art. 378 ove si dichiara poter essere ricusato il giudice il quale abbia somministrato le spese del processo. Or io domando: dato per vero, ciò ch'è smentito dagli atti, che il presidente avesse potuto far dono di duc. dieci al gendarme che menò, non innanzi a lui, ma innanzi all'intendente, il *Valente* arrestato, ha egli con ciò fornito le spese del processo? Ma nel processo esistono tutti i fogli delle indennità, pagate in regola dall'amministrazione del registro. Il fatto dunque che si asserisce onde render sospetto il presidente, potrebbe risolversi non mai in un argomento di odio contra l'accusato, che nemmen egli osa metterlo in campo, ma tutto al più di uno zelo troppo indiscreto. Or il mentovato rescritto non ammette ricuse per improntitudine di zelo: vuole che tassativamente e letteralmente i motivi di ricusa sieno preveduti dal cod. di proc. civ. Ciò non troviamo. Dunque ben fece la gran-corte di Aquila, quando dichiarò questo mezzo irricevibile.

22. E fece benissimo quando dichiarò tale anche l'altro. Il medesimo num. 8 dell'art. 378 vuole che possa ricusarsi il giudice che abbia precedentemente consigliato, aringato, o scritto sulla controversia, o che ne abbia precedentemente conosciuto come giudice o come arbitro. La con-

1) Sono i medesimi che quei dell'art. 470 delle nnove *leggi di proc. ne' giud. civ.* E come il rescritto del 1813 nun fu dichiarativo ed interpetrativo di un art. della procedura civ. fr. diventata allor nostra, il quale art. nell'ordine di quel codice era il 378, ed ora nel codice attuale è il suddetto 470, e come la ragione di tal interpetrazione è tuttavia la medesima, così anche dal 1 settembre 1819, epoca della nuova legislazione, i motivi dell' art. 470 pr. civ. sono *tassativi*, nè possono aggiungersene altri per trarli a cause più generali. — Così p. e. è motivo di ricusa *se il giudice è consanguineo o affine delle parti*, o *di una di esse fino al quinto grado inclusivamente*. *Quid*, se il parente del giudice sia uno degl'individui componenti un corpo morale il quale è in giudizio? Si è risposto che non è l'individuo, ma il corpo morale che ha lite; e la ricusa è stata rigettata. Arresto del 2 luglio 1824, Montone comm., Nicolini m. p. — *Quid*, se il figlio è stato fra i giudici che hanno decisa la causa? Si è risposto che il figlio giudice non è parte. Può dunque il padre decidere in appello, o in corte suprema. Arresto del 25 giugno 1838, nella causa *Longobucco*, Montone comm., Nicolini m. p. — All'incontro sarebbe motivo di ricusa il confondere nella stessa persona facoltà incompatibili, come quella di accusator pubblico, e di giudice. Quindi chi ha esercitato nella causa l'ufizio del ministero pubblico non può mai essere il giudice. Arresto de' 3 marzo 1820, nella causa di *Luigi Caroselli*, Di Fiore comm., Nicolini m. p., Gin. Magliano avv. del ricorrente; ed arresto de' 5 aprile 1820, nella causa *d' Ignazio Cagiano*, Libetta comm., Nicolini m. p. Carlo Quarto avv. del ricorrente. — Non così, se il giudice del merito della causa ne abbia conosciuto prima in qualità d'instruttore delle pruove: egli non ne ha presa conoscenza come giudice nè come arbitro. Anche un giudice di gran-corte criminale può essere l' instruttore di tutto il processo o di parte di esso, e ciò non ostante poi giudica del merito della causa.

2) Ove manchino i motivi espressi dalla legge, gli altri che possono dimostrare l'odio o l' amore per una delle parti, e far giustamente dubitar della fede e della imparzialità d'un collegio giudiziario, son sottratti alle doglianze giuridiche de' privati, ma non all'occhio del governo, vigilator supremo dei magistrati. Quindi la remissione delle cause da un tribunale ad un altro per motivi di sicurezza pubblica. — Sul che è da osservare, che tolta così una causa dalla sua gran-corte, l'altra cui l'affare è deputato, agisce sempre con giurisdizione ordinaria, ed è suggetta come la prima, alla censura della corte suprema. Arresti del 6 nov. 1833 e del 3 novembre 1835 nella causa di *Michele Petti* e *Nicola-Maria Casciati*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — La gran-corte cui per sicurezza pubblica è rimessa una causa, se ne impadronisce in tutta la sua estensione, e giudica in seguito tutti i rei, benchè non ancora presenti nell'epoca della remissione. Arresto del 5 marzo 1834, nella causa di Vincenzo *Ladaga*, Celentano comm., Nicolini m. p.

troversia che dovea decidersi dietro il dibattimento, era se *Valente* fosse o no colpevole, e deciderla nel fine d'esser costui condannato o assoluto. Qual' è la convizione che avendo per fine l'assoluzione o la condanna di *Valente*, ha spiegata il commessario prima della pubblica discussione? Egli fu uno de' giudici che intervennero nella spedizione del mandato di arresto; ed allora dovett'essere sufficientemente convinto della di costui reità, ma a fine di farlo giudicare, ed udirne da lui le discolpe. In seguito ei medesimo intervenne in tutte le deliberazioni per ogni eccezione proposta dall' imputato; e siccome queste deliberazioni aveano per base la necessità della di costui detenzione per tenerlo sotto la mano della giustizia, così anche allora dovette essere convinto della sua reità a questo fine. Procedette in ultimo all'esperimento: l'ipotesi che n'era la base, partiva dal principio che l'uccisore fosse in quella tale posizione, dietro quel tale albero, alla vista di quei tali testimoni. Egli dunque doveva in quel tempo spiegare in ipotesi la sua convizione nel fine di fare l'esperimento. Se egli non è sospetto per aver spedito il mandato di arresto, nè per avere cogli altri giudici rigettata qualche domanda di lui, i quali atti han per base una convizione più forte di reità, molto meno può esserlo per avere spiegata questa convizione in ipotesi nell'esperimento.

23. Nè la nuda materialità delle voci (*Andrea Valente è in quel sito, ed è veduto trarre il colpo*) può trasformare questa ipotesi in convizione reale: poichè il significato de' vocaboli debb'essere determinato dalla natura intrinseca dell'atto, a dinotare il quale s'impiegano. Se dunque questo atto non fu che un esperimento per conoscere la veracità d'un testimone di vista, esso poggia sulla ipotesi che il fatto fosse avvenuto a quell'ora e in quel luogo, e che il testimone cui era noto il reo, si fosse trovato a caso in quel punto. Qualunque di queste circostanze in pubblica discussione fosse stata poi scoperta non vera, avrebbe fatto vacillar l'ipotesi, ed ella dalla realtà sarebbe stata corretta. Chi dunque non vede che il mezzo con cui si attacca il commessario, non solo non è preveduto dal codice, ma è così frivolo in se stesso, che se non fosse la importanza delle conseguenze, non meriterebbe un istante solo della vostra attenzione?

24. Se non che il ricorrente è morto nelle prigioni vittima de' suoi lunghi rigiri; poichè è cosa veramente singolare il vedere quanti in questa causa se ne sieno adoperati per trarla a lungo, ed opporsi finanche alla celere spedizione del giudizio di ricusa. Ancorchè dunque fossero stati accettabili i suoi mezzi, non vi sarebbe luogo a deliberare nell'interesse del ricorrente, siccome già dicevamo al principio. Tutta questa discussione non è stata fatta da me, che per purgare i giudici ricusati dalle macchie di cui, per iniqua vendetta contro atti d'imparziale giustizia, si voleva oscurarne malignamente la fama.

25. Nè gli effetti del ricorso dell'estinto sono comunicabili al suo correo, tuttavia vivente e giudicabile. Imperocchè l'instanza di ricusa fu presentata dal solo *Valente*. Si trova, è vero, poscia un'instanza di entrambi, in cui dimandano il differimento del giudizio; ma il richiamo avverso la decisione che rigetta la ricusa, è del solo *Valente*. Non sembra dunque che morto costui, possa subentrare a sostenere il ricorso un carcerato, che nè produsse l'instanza, nè soscrisse il ricorso medesimo. Si aggiunge, che nemmeno in corte suprema è venuto *Ventresca* a far qualche atto che mostrasse il suo ritegno di essere giudicato da que' magistrati. Il dritto alla ricusa è tutto personale, e non riguarda affatto gl' implicati nel medesimo giudizio. Se la ricusa fosse stata ammessa, certo è che *Ventresca*, suo malgrado, sarebbe stato privato dei suoi giudici, ma per la connessione della causa, non per dritto particolare a lui relativo.

26. All' incontro l'instanza della quale ho fatto parola, instanza di differimento per effetto della ricusa, non può tutto al più caratterizzarsi che per una inesione alla ricusa. Ma dov'è la inesione al ricorso? Ed ancorchè vi fosse, ella non è efficace ne' ricorsi per annullamento, che quando li accompagna: la legge non ammette in essi posteriore inesione, nè subingresso ad altrui dritto.

27. Non mi arresto sul mezzo di rito, che si è prodotto avverso la decisione

profferita dalla gran-corte criminale, col quale si assume doversi annullar questa, per essere stata pronunziata intesi i difensori del reo, e non il reo medesimo. Voi conoscete che la presenza del reo è necessaria solamente nel dibattimento. e nel giudizio definitivo dell' accusa. Tutti gli atti precedenti, e tutte le precedenti deliberazioni, tra le quali è questa ch'esaminiamo, si fanno udendo difensori dati legalmente.

28. Raccapitolando dunque il fin qui detto, io trovo in tutto l' andamento di questa causa, e ne' fatti particolarmente da' quali si vorrebbe trarre gli argomenti di ricusa, io trovo così nel presidente e nel procurator generale, come nel giudice commessario e nell'intera gran-corte crim., tutt'i caratteri di zelo, fermezza, imparzialità, che distinguono un giusto e forte magistrato. Il ritardo della causa è nato dal metodo di difesa, del quale non può discolpare i difensori nemmeno la gravezza ed il fato quasi irreparabile che attendeva il cliente. I motivi di ricusa però sono evidentemente calunniosi nel fatto; e quante volte reggessero in fatto come furono dichiarati inammessibili per legge. La gran-corte dunque ben fece a dirli tali.—Ma essendo morto il ricorrente, nè essendo il ricorso comunicabile al suo correo, dimando che piaccia alla corte suprema di dichiarare non esservi più luogo a deliberare nel loro interesse 1).

—

VII.

Se nelle cause penali sia ricusabile il magistrato incaricato del pubblico ministero.

1. Signori 2), la gran-corte criminale di Terra di lavoro in giudizio di ricusa prodotta contro l' uffiziale incaricato del pubblico ministero presso una delle giustizie circondariali, ha trascritto il ragionamento di Legraverend sul proposito 3), ed ha dichiarata inammessibile la ricusa.— Questo ragionamento è il seguente.—L'art. 474 pr. civ. dice così: *I motivi di ricusazione che riguardano i giudici, sono applicabili al ministero pubblico, quando esso è parte aggiunta: ma quando esso, è parte principale, la ricusazione non può essere ammessa.* Or nelle cause penali il ministero pubblico è sempre parte tanto principale, che l'azion penale gli appartiene esclusivamente 4). Dunque la ricusa contro di lui non può essere ammessa.—Ricorso per parte del ricusante.

2. Non vi ha dubbio che l' art. 474 è l'unico che può risolver la causa. La quistione adunque è, come in quasi tutte le quistioni di dritto positivo, *de verborum significatione*. Definiamo i nomi, nella significazion de' quali la distinzione dell'art. 474 è riposta, ed ogni dubbio svanisce.

3. Ma per far ciò nelle leggi, non dobbiamo farci illudere dall'autorità di qualche scrittore, è dal suono materiale delle voci. Di quali idee è segno la frase legale, *parte aggiunta?* Di quale l' altra frase, *parte principale?*

4. Il ministero pubblico allora è *parte aggiunta* nelle cause civili, quando non per via di *azione*, ma di *rimostranze*, cioè a dire di *requisitorie* o *rapporti*, spiega la qualità di agente del Re presso i giudici, presso i tribunali, presso le gran-corti, presso la corte suprema di giustizia, ed invigila per l' osservanza delle leggi ed alla regolare esecuzione de'giudicati 5). E poche fra le cause civili son quelle, nelle quali il ministero pubblico è incaricato di rimostrare e requirere necessariamente; nelle altre molte il può, quando lo crede utile alla giustizia 6). All' incontro nelle cause penali non vi è procedura, non vi è caso, nel

1) Così venne deciso.

2) Conclusioni nella causa di *Pasquale Santagata*, 25 aprile 1838, D'Addiego comm., Nicolini m. p.

3) *Traité de legislation criminelle*, II, ch. 1, *Des tribunaux en general*, pag. 45, edizione 1823, Parigi.

4) Art. 154 l. org. — Art. 2 pr pen.

5) Art. 148, 149, 150, 157 della l. org.

6) Art. 151 e 152 della l. org.

quale, dal principio alla fine, ei non debba esser inteso necessariamente, ed a pena di nullità 1). Dunque nelle cause penali ei dee spiegar sempre, ed in ogni più picciol atto, tutte le funzioni che il ministero pubblico spiegar suole in quelle sole cause civili, nelle quali egli ha nome di *parte aggiunta*.

5. So bene che il ministero pubblico nelle cause penali mal sarebbe qualificato con quest'ultimo nome. Perciocchè se *aggiunto* dicesi propriamente quello che si appoggia ad altra cosa o persona, e che n'è sostenuto sì, che si avanza e cade con essa, e se il ministero pubblico nelle cause penali va sempre da sè, e tra le sue facoltà proprie ed essenziali la maggiore è quella di richiedere, rimostrare, eseguire, senza ch'altri si attenti o presuma di dargli forza, o fargli la strada, egli non ha altro attore in giudizio a cui si appoggi o congiunga. La stessa parte offesa, benchè instante per la punizione, non fa che eccitare queste facoltà, le quali poi si esercitano indipendentemente da lei; ed ella divien pedissequa ed aggiunta al ministero pubblico a lei. Se dunque il ministero pubblico penale può dirsi *parte*, non può certamente dirsi *parte aggiunta*. Anzi frase neumeno propria sarebbe questa ne'giudizii civili, benchè non possan essi esercitarsi senza una *parte privata* che spieghi in prima l'azione. Imperocchè in questi giudizii, quando il min. pub. non agisce, ma rimostra, ei non è veramente *parte*, non essendo attore, nè reo convenuto, nè rappresentando l'uno, nè l'altro: egli è propriamente, qual magistrato in mezzo alle due parti, il vigilatore e propugnatore dell'osservanza esatta della legge. Che anzi, sempre indipendente da esse, ei può requirere e rimostrare contro il pensiero e il desiderio di entrambe. Tal frase dunque, anche ne' giudizii civili, ove fu introdotta dall'osservare ch'ei non può spiegarvi il suo uffizio, se non preceduto da contestazione fra altri 2), tal frase non può esservi intesa secondo la volgare e materiale intelligenza delle parole. Ella ha pur quivi un significato particolare e legale, che dinota *parte pubblica*, stabilita presso i collegi giudiziarii nell' interesse, non già delle parti private, ma della legge.

6. All' incontro a tutto ciò ne' giudizii penali, non per qualche causa, ma sempre, il ministero pubblico è essenzialmente intento in tutto il corso del giudizio. È poi *parte pubblica accusatrice* sol quando accusa e spiega la sua azione. *Parte pubblica* dunque è frase di *genere*, la di cui significazione lo accompagna sempre: quest'altra è frase di specie, sinonima di *pubblico accusatore*. *Specie*, dicemmo, perchè non sempre egli è tale. Se assiste l'innocenza contro un velenoso querelante, quando specialmente gl'imputati non sono in giudizio, ei non è certo *parte accusatrice*, nè *aggiunta*, perchè non accusa, nè si appoggia ad alcun querelato che sia in giudizio, nè si aggiunge, ma si oppone alla *parte querelante*. Se non che ritiene il suo carattere di *parte pubblica*, perchè rappresenta la pubblica potestà in una delle sue più nobili ed auguste funzioni, qual è quella di rassicurare l'innocenza, e proteggere la pubblica e privata tranquillità e sicurezza. Or con queste essenziali attribuzioni, rimane a vedere come applicheranno l' art. 474 pr. civ. al ministero pubblico penale.

7. Certamente non è nelle voci la forza dell'art. *Rebus non verbis lex posita est* 3). Quest'art. fu scritto per regolare i giudizii civili. E ne' giudizii civili, ove le parti private non ispieghino prima la loro azione, il ministero pubblico non può spiegare alcuna sua facoltà. Ciò nondimeno ei può fare le citazioni e difese, quando agisce o si difende in nome del Re, e per interessi giudiziarii al Re particolari. In questo caso ei non ha dritti nè facoltà maggiori delle parti private, e perciò in un codice di rito fatto pei giudizii civili, ei vi prende nome di *parte principale*. Attaccarlo in questo caso come sospetto, sarebbe stoltezza, uguale a quella di chi volesse allegare la sospezione della sua *controparte*. I motivi ne sarebbero

1) Art. 153 della l. org. — Art. 111, 131 e *passim* pr. pen.

2) *Non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum.* Dunque non *usque adeo valet, ut aut rationem vincat aut legem.* L. 39, D. *De legibus*; L. 2, C. *Quae sit longa consuetudo.*

3) L. 28, C. IV, 32, *De usuris.*

diretti soltanto alla inammessibilità dell'azione, non alla sospezione della persona.

8. Per contrario siccome quando ei rimostra, non per interesse di parte, ma nella qualità di magistrato incaricato dell'osservanza delle leggi, egli non ispiega più facoltà nè carattere di *parte principale*, così allora è necessario ch'ei dia al pubblico tutta la guarentia della integrità e della fede che debbon dare gli altri magistrati. Non perchè è *aggiunto* alla parte privata, ma perchè è tutto magistrato, ed indipendente magistrato, egli è ricusabile. Dunque la parola *aggiunta*, che leggiamo nell'art. 474 delle ll. di pr. civ. nulla aggiunge alla cosa, nè la definisce: è voce d'accidente, non di sostanza dell'ufizio, usata quivi perchè ne' giudizii civili il ministero pubblico quando semplicemente rimostra o richiede l'osservanza della legge, non può da sè far nascere la causa senza azione delle parti private. Non è nuovo il veder chiamate le persone e gli ufizii e le cose con un nome preso da sol riguardo particolare ed estrinseco, il quale non ha che fare con la sua intrinseca natura. L'essere il ministero pubblico sottoposto alla ricusa quando rimostra o richiede, nasce dal suo carattere di magistrato indipendente, come lo è ogni giudice, non da quello di persona aggiunta, cui un' altra persona appoggi e sostenga.

9. Or nelle materie penali la legge dice: *I motivi legali di ricusa sono quelli preveduti dalle leggi di procedura nei giudizii civili: vi si procede colle norme stabilite nelle medesime leggi* 1). Tra le norme abbiamo quella dell' art. 474. Mettiamola in pratica. — Ne' giudizii civili è ricusabile il ministero pubblico, quando procede, non per via d'azione, la quale il rende quivi *parte principale*, ma per via di *rimostranze*, le quali lo rendon quivi *parte aggiunta*. E come sotto questo secondo aspetto ei non è sempre obbligato dalla legge ad intervenir nella causa, così può spesso evitare di rimostrare e requirere. Ma ne' giudizii penali l' uffiziale incaricato del pubblico ministero dee proceder sempre per via di *rimostranze*, anche dopo che ha spiegata l'accusa, come avviene in tutti gli atti preparatorii della pubblica discussione, e in tutto il corso della discussione pubblica medesima. Dunque sempre ne' giudizii penali ci dee far quello, per cui talvolta può essere ricusato il ministero pubblico ne' giudizii civili. Dunque, se il senso volgare delle voci non ripugnasse alla sua natura egli sempre vi è *parte principale* e *parte aggiunta*, o per dir meglio egli è sempre *parte rimostrante*, *parte requirente*, magistrato sostenitore dell'interesse della legge. Dunque ci può essere sempre ricusato pei motivi e con le norme delle leggi di procedura ne' giudizii civili, non altrimenti che il ministero pubblico civile, quando col nome anche per lui improprio di *parte aggiunta*, rimostra, require, e senza riguardo alle parti che han promossa la causa, vigila e promuove l' esatta osservanza delle leggi.

10. Il che non lascia alcun dubbio se volgiam l' occhio alle altre disposizioni legislative, che danno al ministero pubblico penale ben altre facoltà e doveri del pubblico ministero civile. Egli oltre gli uffizii che ha comuni col ministero pubblico civile, *insister debbe per la regolarità delle forme in tutto il corso del giudizio*, e *per l' applicazione della legge* 2): egli è ufiziale primario della polizia giudiziaria, e capo degli altri ufiziali minori 3); e se atti d'instruzione e di polizia giudiziaria possono farsi in mille casi anche dopo l'accusa, è articolo espresso di legge, *che ogni ufiziale di polizia giudiziaria può essere allegato a sospetto* 4): egli dirige tanto i giudici instruttori, quanto i giudici regii per tutte le dipendenze del giudizio: egli se lascia inosservata una nullità di forma, o un'insidia delle parti, può far cadere irreparabilmente il giudizio: egli ha la facoltà di spedire i mandati di deposito, facoltà ch' esige la più delicata ed impassibile riserva: egli può ritardare o affrettare un giudizio a suo piacimento: egli con le sue dimande in nome della legge può turbar l'ordine della discussione, e intimidire i testimoni: egli ha la direzione e la vigilanza delle prigioni, e dei carcerati, e può tollerarne o impedirne a suo piacimento la comunicazione, dalla quale so-

1) Art. 398 e 499 pr. pen.
2) Art 153 della l. org.
3) Art. 155 della l. org. — Art. 12 e 23 pr. pen.
4) Art. 498 pr. pen.

vente la convizione ch' emerge dalla pubblica discussione, dipende: egli può sospendere con atti inopportuni l'esecuzione de'giudicati, ch'egli solo ha dalla legge la facoltà di eseguire. E vi è mai atto in cui egli proceda con quel solo carattere di *parte principale* con cui talvolta il ministero pubblico presso i tribunali civili fa citazioni, ed esercita un'azione per gl'interessi pecuniarii del Re? Vi è atto nel quale ei senza scelta sol tenda come attore a far condannare il reo convenuto, o come reo convenuto ad evitare qualche condanna 1)? Vi è atto nel quale ei non proceda come puro magistrato, e magistrato della più estesa influenza e illimitata fiducia del governo, e del pubblico 2)?

11. Or magistrato sì fatto, potrà ei solo, essendo padre, o fratello, o coniuge, o congiunto fino al quinto grado dell'accusato, spedire o non spedire un mandato di deposito; scegliere per l'esecuzione d'un mandato di arresto l'uomo energico e incorruttibile, o il dappoco e il deferente; dirigere l'instruzione delle pruove in un senso o in un altro; favorir cogl' indugi le difese, o coartarle con pressa importuna; richiedere in fine alla presenza del reo, ed in udienza pùbblica, la libertà di lui o la morte? Il pubblico riderebbe certo all'indulgenza, come inorridirebbe al rigore. Nè minore scandalo sarebbe, se il m. p. in atto del giudizio avesse una lite civile o un processo criminale con alcuna delle parti; s'egli fosse creditore di esse, o debitore; s'ei ne fosse tutore; se fosse stato precedentemente difensore e consultor della causa; se schivo non fosse ad offerte e a promesse, dimostratrici della corruzione del cuore. Quali sospetti ecciterebbe ciò, quante querele, quai moti incomposti d'ira e di vendetta!—Qualunque ne sia la causa, dice Legraverend, il ministero pubblico penale non può essere ricusato giammai. Farebbe bene però, s'egli si astenesse.—Ma io domando, come il potrebbe, se la ricusa volontaria, quando non venga fondata sulla legge, dee dichiararsi inammessibile? Si asterrà forse di fatto? Ma niun magistrato può ricusare il suo ufizio, se non ne'casi in cui la legge l'ordini o permetta 3). Altrimenti ad ogni lieve apprensione o d'inimicizie potenti, o di pubblica maldicenza, ei potrebbe impunemente disertar dall'insegna, a militare sotto cui, ed a fronte di qualunque pericolo, è per indole della carica, e saldo giuramento obbligato (a).

1) Questo è il senso di *porle principale* nei giudizii civili. Nelle cause penali il ministero pubblico è *parte principalissimo*, ma non in questo senso.

2) Art. 156 e 157 l. org.

3) Un giudice correzionale sentendo troppo d'esser uomo in una pubblica discussione, discese ad ingiurie e vie di fatto verso una delle parti, che lo aveva insultato. Non essendo stato per ciò allegato a sospetto, nè offrendo egli la ricusa volontaria, passò a pronunziare in merito. La gran-corte criminale che decise sull' appellazione del condannato, giudicò, che questo giudice per le ingiurie da lui restituite in pubblica udienza alla parte, era decaduto *di fatto* dalla qualità di giudice, e ne annullò la sentenza, e commise la causa ad altra giustizia circondariale. La corte suprema riprovò tal giudizio. Il giudice poteva esser accusato di reato in ufizio, poteva essere *preso-a-porte*, poteva essere allegato a sospetto. Ma nulla di ciò si era proposto; e niuno, investito dell' autorità del governo, può di fatto cessare dall'ufizio. Arresto del 37 gennaio 1836, nella causa di *Aniello di Domenico*, De Luca comm., Nicolini m. p.

(a) *Secondo il novello codice di procedura penale è anche fermata lo massima che gli uffiziali del pubblico ministero non possono essere ricusoli, ma possono però astenersi qualora si trovino in alcuno dei casi di ricusazione preveduti nelle leggi di procedura civile relativamente ai giudici (art. 748). Per tal modo è decisa la controversia proposta dall'insigne autore, il quale a ragione dimostra la poca convenienza dello stesso principio di non rendere ricusabile il pubblico ministero perchè parte principale nel giudizio penale, essendo codesto concepimento astratto della legge quando è sconveniente nello sua pratica applicazione! Infatti chi, tuttochè parte pubblica, potrebbe iniziare una procedura, spedire mandato di cattura, chiedere l' applicazione di una pena contro il padre, la moglie, il fratello, lo zio ecc., senzo che l' autorità dalle leggi non ne restasse offesa, e scandalezzata la morale pubblica? Ed è mai lecito che la legge sancisca quello che turba le più sincere relazioni di famiglio, mettendo in una condizione sempre difficile il congiunto rivestito di pubblica autorità? Del resto malgrado lo mancanza dell'obbligo dell' astensione per mezzo della recusazione, i nostri uffiziali del P. M. gelosi della loro dignità e decoro, per una inalterota consuetudine, si sono sempre astenuti di sottoscrivere atti relativi a persone per le quoli sarebbero stati ricusabili se avessero funzionato come appartenenti ol corpo giudicante. In ogni modo egli è do far voti che in una futura revisione delle leggi si estenda la ricusa agli uffiziali del Pubblico Ministero come trovosi stabilita pei giudici, essendo sempre improvvido il lasciare scritta una leg-*

12. So che alcuni credono offesa la dignità della toga, se si apra troppo la via a questi rimedii legali 1). Io per me credo il contrario. Il magistrato, forte ch'è chiamato in pubblico a render conto dell'integrità con cui esercita l'ufizio, dee goder del cimento, perchè questo disvela a tutti la virtù di lui, e ne assicura il trionfo. All'incontro, secondo i principii che combattiamo, si potrebbe in qualche caso ricusare il ministero pubblico civile, ed il penale non mai; perchè il penale non sarebbe mai *parte aggiunta*, se si stesse alla materiale significazione della frase: assurdo di cui non so se altro possa darsi più pericoloso ed iniquo. — Io son dunque d'avviso, che ogni uffiziale incaricato del ministero pubblico negli affari penali, sia ricusabile al par d'ogni altro magistrato; e che avendolo la gran-corte sottratto a questa legge comune a tutta la magistratura, gli ha dato un privilegio odioso, che offende la legge. Domando perciò l'annullamento della decisione 2).

VIII, IX, X.

AZION CIVILE CONTRO I GIUDICI.

GIUDIZIO DI AMMESSIONE.

Difesa di giudici presi-a-parte (N. VIII). — *In quali casi possa darsi il permesso di citare il magistrato preso-a-parte. — Presa-a-parte per motivo di dolo.*

Sez. I. *Oggetto della causa, e principii che la risolvono.*

I. Stato della quistione, § 1.
II. Fondamento, fine, misura dell'azione civile, o sia della presa-a-parte contro i giudici, § 2 e 3.
III. Triplice condizione, senza la quale la presa-a-parte è inammessibile, § 4.
IV. Se non che l'esame preliminare se ne fa sempre sul solo libello d'azione, e sulle sentenze o decisioni che l'hanno occasionata, § 5.
V. *Proposizione.* — L'azione di cui ci occupiamo non è accompagnata da alcuna delle tre condizioni, § 6 e 7.

Sez. II. *Storia e discussione della causa.*

I. Osservazione generale, § 8. — Sei sono le decisioni che formano il fondamento dell'azione dell'instanta, *ivi.*
II. *Prima decisione*, § 9. — Ella fu preceduta dal contraddittorio fra le parti, § 10. — Indole del contraddittorio nelle cause di falsità, § 11 e 12. — Suoi effetti, § 13 a 15. — Testo della decisione, § 16. — Giusta, e non dolosa, ella non può dar luogo a presa-a-parte, § 17 a 19.
III. *Seconda decisione*, § 20. — Ragionamento sulla giustizia della stessa, § 21 a 24.
IV. *Terza decisione*, § 25 — Giustizia della decisione, § 26 a 28. — Nota scritta dal procuralor generale in piè d'una dimanda, dalla qual nota si traggono false ragioni di dolo, § 29. — I ragione, § 30. — II, § 31 a 34. — III, § 35 a 36. — IV, § 37. — V, § 37 e 38. — VI e VII, § 39 e 40. — VIII, § 41. — IX, § 42. — X, § 43. — XI, § 44. — XII, § 45 a 47. — XIII ed altre, § 48.
V. *Quarta decisione*, § 49. — Confutazione dei motivi di presa-a-parte per dolo, i quali si deducon da essa, § 50 a 56.
VI. Confutazione d'un altro motivo indipendente dalle decisioni, § 57 a 59.
VII. *Quinta decisione*, § 60.
VIII. *Sesta decisione*, § 61.
IX. Raccapitolazione degli argomenti, e conclusione, § 62 e 63.

GIUDIZIO DEL MERITO.

Concl. prima (N. IX). — *Presa-a-parte per denegata giustizia.*

I. Stato della quistione, § 1 e 2.
II. Serie de' fatti che dimostrano calunniosa la querela, § 4.
III. Differenza tra omissione o rifiuto che porta semplicemente a nullità, ed omissione o rifiuto che costituisce la denegata giustizia § 5 a 7.
IV. Applicazione della teoria alla causa, § 8 a 10.
V. Conchiusione, § 11.

Concl. seconda. (N. X). — *Presa-a-parte per motivi di dolo.*

Sez. I. *Stato della quistione.*

I. Utilità de' giudizii di presa-a-parte, § 1. — Come può renderne nobile, non che lodevole l'esercizio, l'intenzione e la franca condotta di chi ne sostiene l'azione, § 2.
II. Definizione della presa-a-parte, secondo il dritto romano, § 3.
III. Azione spiegata in questa causa: permesso dato di citare i magistrati presi-a-parte, § 4.
IV. Occasione di questa presa-a-parte, § 5 a 7.
V. Sette motivi, intesi a provare il dolo de' magistrati, § 8.

ge, la cui esecuzione offende la morale pubblica, mette che i pubblici funzionarii in una condizione impossibile, turba le più sacre relazioni di famiglia, che ogni savia legislazione dee procurare di mantener salde ed inalterate.

1) Di ciò abbiam tenuto lungo ragionamento nella nostra *Proc. penale*, III, § 125 e segg. — V. Claudio Tolomei alla sua lettera prima del lib. IV.

2) Così venne deciso.

SEZIONE I.

Oggetto della causa e principii che la risolvono.

1. Oggetto della causa 1).—La *gran-corte criminale di Napoli* ha rigettato con più decisioni le querele di *Francesco Cuomo* contro i sigg. *Ignazio Mayer* e *Giuseppe Beltrani*. La corte suprema ha dichiarati *irricevibili* i moltiplici ricorsi di lui 2). Di *quattordici* magistrati che in quelle decisioni presero parte nell'affare, egli ha *preso-a-parte* soltanto il *procurator generale*, il *vice-presidente* e *due giudici*. La *corte suprema camera civile*, dee definire se possa permettergli di citare i *presi-a-parte* innanzi alla *camera criminale*, ond'ei vi sperimenti la sua azion civile contro di essi.

2. PRINCIPII GENERALI.—La *l.* 15, D. V, I, *de iudiciis* fissa i principii della *presa-a-parte*, o sia dell'*azion civile contro i giudici*, quando *iudex litem suam facere intelligitur*. Qual mai però, secondo questa legge 3), qual è il fondamento, quale il *fine*, qual la misura di una tale *azione*?

3. Il fondamento e il *principio* dell'azion *civile* contro i giudici, è la *dolorosa iniquità* della sentenza: *cum iudex dolo malo in fraudem legis sententiam dixit*. Dolosa iniquità; dappoichè altrimenti ogni sentenza rivocata in grado di appellazione, ogni decisione annullata dalla corte suprema, darebbe luogo a *presa-a-parte*.—Il *fine* n'è la riparazione de'danni sofferti: *ut veram aestimationem litis praestare cogatur iudex*. La misura di questa *estimazione* è indicata dal POTHIER 4). Se l' attore *in presa-a-parte* è stato (come nel caso nostro) attore nel giudizio del quale egli si duole, l'estimazione è *quantum ipsi condemnandus fuisset reus, qui iniqua sententia absolutus est*.

4. Le quali cose ragionate ed esemplificate da MERLIN, da PIGEAU, da LEPAGE, da CROUZILLAC, da CARRÈ ec. ec. hanno stabilito la massima che fuori de'casi in cui la *presa-a-parte* sia espressamente pronunziata dalla legge, com'è p. e. la denegata giustizia nell'art. 4. delle ll. cc., l' ammessibilità di quest' azione dipende dall'esame, I, se la sentenza sia ingiusta; II, se l'ingiustizia sia nata da *dolo*; III se abbia prodotto danno al ricorrente. Qualunque manchi di queste tre condizioni necessarie per autorizzar l'azione, non può accordarglisi affatto la permissione di notificarne il libello a' giudici *presi-a-parte* 5).

5. In questo giudizio preliminare di *permissione di citare*, o sia di *ammes-*

1) Quest' allegazione fu scritta nella fine del 1823, dopo aver io difeso nella gran-corte criminale e ne' tribunali civili i sigg. *Mayer* e *Beltrani*. Sostenni poi l'azion di calunnia contro di *Cuomo*, e costui ne fu condannato. Mio contraddittore fu l'avvocato GIROLAMO MAIO, figlio del vice-presidente GAETANO, che antico e riputato magistrato, autore di opere legali, e cultor delle Muse, è stato il soggetto di onorata menzione nella nostra *Proc. penale*, III, § 916.

2) Arresto del dì 29 agosto 1823, PANISI comm. CRITENI m. p., GIR. MAIO avv. del ricorrente, NIC. NICOLINI resistente al ricorso.

3) MERLIN sulle tracce di SAVOIE DE ROLLIN stabilisce che i soli principii del diritto romano regolano la *presa-a-parte*.—*Les Romains, qu'il faut toujours citer quand on parle de legislation avaient imprimé dans leurs lois mêmes, ce sentiment de respect qu'on devaint à ceux qui et aient charges de les faire exécuter. Nous avons adopté l'esprit des lois de Rome: elles ont réglé nos principes sur les prises-à-partie*.— MERLIN, *Repertoire*, alla parola *Prise-à-partie*.

4) Ad lib. 5 *pandectarum*, tit. 1, n. 72.

5) CARRÈ al tit. 3, lib. 4, cod. di proc. civ.— MERLIN, *Repert.* alla parola *prise-à-partie*, 4 edit.

sione dell' azione 1), l'esame delle tre quistioni, si fa solamente sul libello dell'azione, e sulle sentenze o decisioni pronunziate. Queste debbon essere manifestamente ingiuste; manifestamente dee risultarne il danno del ricorrente; il dolo del giudice dee potersene argomentare sufficientemente. — Mettiamo a questa pruova il libello di *Cuomo* con le decisioni delle quali è quistione.

6. Fortunatamente nella causa di cui si tratta, sì fatte decisioni, e gli atti del procedimento, sono stati altra volta sotto gli occhi della corte suprema nella disamina de'quattro ricorsi per annullamento, prodotti da *Cuomo* contro alcune di quelle. Nel dì 29 agosto 1823 essi vennero tutti e quattro dichiarati *inammessibili* 2) Anzi il ministero pubblico presso la corte suprema rappresentato dal sig. Critesi, magistrato amplissimo il di cui solo nome vale un elogio 3), dopo aver ciò domandato, dimostrò *subordinatamente* la giustizia delle decisioni impugnate, e la regolarità del procedimento, ond'escludere finanche la possibilità d'un annullamento nell'interesse della legge.

7. Solamente è da premettere, che *Cuomo* non ispiegò la sua *presa-a-parte* se non quando con atti formali i suoi contraddittori il fecero accorto, ch' egli nel furore di quei suoi tanti ricorsi si avea lasciato cader il codice di mano, e in presentar quelli aveva obliate le forme di rito le più ovvie, benchè prescritte *a pena di decadenza* 4). Allora fu veramente che vedendo inutile ogni attacco contro le decisioni, ci se la prese contro gli autori di esse. Nè risparmiò gli avvocati contrarii, non d'altro rei che di difendere l' altra parte (giudicata già calunniata e innocente), e di aver lui, per solo obbligo di difesa e con tutta l'urbanità che professano, di quegli errori avvertito. Ma non sì tosto in corte suprema l'avv. gen. Critesi aperse le labbra, che

Virtù contro furore
Prese allor l'arme, e fu il combatter corto.

Le osservazioni che oggi si presentano, sono come un'*appendice* all'arresto della corte regolatrice. Ci guardi il Cielo però d'imitare in queste lo stile iracondo dell'avversario. Rammentiamo troppo il detto di *Aristofane* nelle *Rane*:

Le fornaie son use
Proverbiarsi, e non le sacre Muse 5).

Sezione II.

Storia e discussione della causa.

8. Sei decisioni ha la gran-corte pronunziate in questa causa. Quale d' esse è ingiusta? — Ecco la prima nostra quistione (§ 4). E si avverta che noi ci potremmo finanche contentare che *Cuomo* ci facesse la sola dimostrazione d'*ingiustizia*, senza obbligarlo all'altra più dura del *dolo*. Egli però trascura interamente una tal dimostrazione; nè forma un solo argomento per la ingiustizia delle decisioni, divertendoci da essa con declamare a suo modo contro il procedimento. Ma i particolari di questo erano più proprii de' *ricorsi*, che della *presa-a-parte*. — Oltre a ciò, quale di sì fatte decisioni gli ha arrecato danno? Ecco la seconda quistione (§ 3) ch'egli evita. Guardiamo noi entrambe queste quistioni principali in ciascuna delle sei decisioni.

9. *Prima decisione*: ella è del 13 febbraio 1823. - *Mayer*, *Beltrani*, e *Cuomo* presero per un anno, dal 1 ottobre 1821 a tutto settembre 1822, l'appalto generale delle sussistenze dell'armata austriaca nel regno. *Cuomo* rappresentava ventidue delle 100 *carate* nelle quali si divideva l'impresa: presso a poco 1/5. In luglio 1822 si stipulò una transazione fra i socii. *Cuomo* si rinfrancò de'suoi capitali in trenta mila ducati, e si ricevette 32000 ducati di utile per soli nove mesi, quietando interamente gli altri due socii, e rinunziando ad essi ogni maggior vantaggio che avesse potuto risultare da un più minuto conteggio. Si stipulò del pari, ch'ei si trae-

1) Art. 574 e 578 delle leggi di proc. civ.
2) V. *sup.* la nota 2 alla pag. 70.
3) Oggi vice-presidente della consulta di stato.
4) Una di queste forme obbliate era di non aver notificato il ricorso agl'imputati. — V. il n. V pag. 500 di queste *Quistioni*.
5) Atto III, sc. 3, nella gara tra Eschilo ed Euripide. È un Dio paciere che parla. Alfieri traduce così:

Che ben potresti, Eschilo, tu senz'ira
Biasmar biasmato. Il dir dei vituperii
A' poeti disdice; alle fornaie
Addicesi. — L'avversario e la moglie, sua procuratrice, erano negozianti di farina.

va fuori di ogni danno, qualunque avesse potuto essere l'esito del conto finale col governo.

10. Rinfrancato che si ebbe *Cuomo* del suo *capitale* in *trentamila* ducati, ed esatto che n'ebbe l'ingente utile di *trentaduemila* 1), attaccò di *falsità* i libri sociali, e di *frode qualificata* la transazione. Nell'atto della preliminare contraddizione, *Mayer* e *Beltrani* sostennero che i libri sociali non erano stati elemento del contratto; che questo si era fatto sul fondamento della conoscenza particolare che avevan le parti di tutto l'andamento della società; e che il volere allora un conto da'libri, distruggeva la transazione. All'incontro gli art. 1924 e 1925 ll. cc. vietano contro le transazioni ogni azione di lesione; e se dan luogo all'azione di *dolo*, questa non è *criminale*, e non ha nome nelle *leggi penali*, ma è da sperimentarsi ne' tribunali civili a' termini degli art. 1070, 1071, 1258 e segg. — Queste eccezioni erano *perentorie* ed attaccavano la *competenza penale*. Con tutto ciò il giudice instruttore ordinò *la esibizione de'libri*, come desiderava *Cuomo*, e senza decisione della gran-corte aprì la istruzione.

11. È nota anche ai tironi l'origine della *contraddizione preliminare* nelle cause di *falso*. I Romani legislatori videro, che non poteasi in queste aver sempre per accusatore colui, che primo chiamava un altro in giudizio: sovente preveniva l'accusa, non già quella delle due parti ch'era stata lesa e vi avea maggior dritto, ma quella che aveva impudenza maggiore e più sfrontata petulanza. Perlocchè la *l.* 22, *C. de falsis*, statuì: *ubi falsi crimen inciderit .... non accusatori tantum quaestio* 2) *incumbat...... sed inter utramque personam sit iudex medius ...... tamquam ad imitationem relationis, quae solum audiendi mandat officium* 3). Quindi le nostre antiche leggi, e la legge del 20 maggio 1808 4), chiamano queste querele, *accusa di dubbia reità*; azioni cioè le quali è dubbio in principio se sieno *civili* o *criminali* 5); ed ove sieno criminali, non bene vi si può definire chi sia il *vero accusatore* ed il *vero reo*, se non dopo che siasi instruito su ciò che han detto le parti in *contraddizione*. Fino a quel momento non vi è ancora *accusa*, nè *reità*: il giudice non ha fatto altro che starsi *medius* fra le parti *ad imitationem relationis*, la quale non gli dà altro ufizio che di udire: *quae solum audiendi mandat officium*.

12. E ciò prende maggior forza per le leggi novelle. L'attore principale nelle cause criminali è il solo *pubblico ministero*. Fino a tanto ch' egli non fa sua l'azione, e non domanda almeno qualche mandato contro il querelato, non vi è ancora azion penale instituita, nè vi è *imputato*, non che *accusato criminale*.

13. Mal dunque si lagna *Cuomo* che si fossero udite, in quello stato di semplice *atto di contraddizione*, le eccezioni degl'*imputati Mayer* e *Beltrani*, benchè *non presenti* con un modo di custodia in giudizio. Che va egli parlando di *modi di custodia* e d'*imputati?* Vi è ancora *imputato* fino a tanto che il giudice *stat medius inter utramque partem?* fino a tanto che non ancora il procurator generale accoglie la querela? fino a

1) È grazioso che nel libello di *presa-a-parte* quest'utile in *nove mesi* di 32 000 per 30 di capitale è detto da *Cuomo* picciola somma, utile lesivo, *soli 32mila ducati!* Foss'egli di quella tal natura

Che mai non empie la bramosa voglia,
E dopo il pasto ha più fame che pria?

2) Qui *quaestio* è presso a poco *dritto di accusare* o *accusa*, come nella *l.* 8, *D.* XLVIII, 4, *Ad leg. Juliam majestatis*, nella *l.* 17 § 12, *D.* L. 1, *Ad municipalem*, nella *l.* 6 § 3, *D.* L. 2, *De decurionibus*, etc. Dunque non *accusatori tantum quaestio incumbat*, può ben tradursi, non *spetta al solo primo querelante il dritto di accusare, ma* ec. ec.

3) Da' quali principii discende ne' giudizii di falsità l'antica formola, *veniant partes coram*. E nei giudizii penali presso i tribunali antichi questo era l'unico caso nel quale i rei, benchè non presenti legalmente in giudizio, si udivano, e le contraddizioni erano d'ordinario seguite dalla deliberazione: *fiant diligentiae pro veritate facti*. Il che importava una specie d'indagini, quasi in forma civile, per l'una e per l'altra parte, prima che si aprisse l'adito al giudizio penale. — *V.* la nostra *Proc. penale*, parte seconda, § 957

4) Art. 107 e 163 n. 3.

5) Queste sono fra quelle cause che non possono mai ben definirsi se non da chi conosce a fondo l'indole ed i caratteri degli atti civili, i quali sono attaccati di falso. V. il nostro discorso, *Della divisione dell' avvocheria criminale dalla civile*, pag. 473 di queste *Quistioni*, n. I.

—

tanto ch'è dubbioso se l'azione sia *civile* o *criminale*, e quando è criminale, per parte di chi stia l' offesa, e se il *vero querelante* sia colui che ha prevenuto il giudizio, o colui che vi è stato chiamato? Le eccezioni ne'giudizii di falso prodotte da qualunque delle parti nell'*atto di contraddizione* sono legalissime, e la gran-corte dee pronunziarvi, ad onta che chi ebbe in prima l'apparenza di reo convenuto, non sia sottoposto ad alcun modo di custodia.

14. Ed ecco perchè il procurator generale legalissimamente ritirò dal giudice istruttore il processo; e quando costui non si era arrestato alle prime eccezioni di *Mayer* e *Beltrani*, tutte *perentorie* e di competenza il proc. gen. le propose alla *gran-corte*. Se avesse fatto altrimenti, avrebbe potuto essere veramente *preso-a-parte*, come reo di *denegata giustizia*.

15. Nè il proc. gen. cadde in contraddizione con la sua prima ordinanza. Egli qual capo e direttore della polizia giudiziaria, nel rimettere al giudice istruttore il ricorso di *Cuomo*, lo aveva incaricato « di formare dopo il *contraddittorio* « il corrispondente processo, qualora nel « fatto avesse rinvenuto *reità punibile*.» In quello stato dunque il procurator generale si contentò del fatto dell'instruttore, quando costui avesse giudicato bastante il contraddittorio per aprire indagini criminali. Ma nel *contraddittorio* erano sopravvenute quelle eccezioni, le quali cangiavano lo *stato dell'affare*; nel quale stato non più il *giudizio* dell' istruttore, ma quello della gran-corte occorreva, onde decidere *se si fosse rinvenuta nel fatto reità punibile*.

16. Per tal modo la gran-corte s'impadronì della causa; e con la sua decisione del detto dì 13 febbraio 1823, dopo aver esposto tutto il fatto ed il tenore della *transazione*, disse ciò che segue:

« Atteso che questi fatti, e le espressio-« ni del contratto stabiliscono invariabil-« mente l'idea di una transazione basata « sull' incertezza e sulla eventualità di « un'impresa, e questa idea de'contraen-« ti fu vieppiù sviluppata in un articolo « addizionale, scritto a garentire la quie-« te di *Cuomo*, espresso in questi ter-« mini: *Si spiega per maggior chiarez-» za che qualunque possa esser l'esito « del conto finale col governo pe' nove « mesi, ancorchè si facesse dell'attrasso, « non dovrà Cuomo risentir cosa alcu-« na, ma debba restar ferma la presen-« te transazione*:—Atteso che quantun-« que *Cuomo* possa e debba ricevere gli « utili degli altri tre mesi non contenu-« ti nella transazione, pure di questa « rata di utile non è parola nè proposi-« to ancora, e deve egli sperimentare le « sue ragioni in un giudizio civile, co-« minciando a chiedere il conto di que-« sta gestione a'socii ed amministratori:— « Atteso che il libello presentato da *Cuo-« mo* al pubblico ministero, come primo « agente della polizia giudiziaria, fu ri-« messo al giudice istruttore coll'incarico « condizionato di procedere all' istruzio-« ne del processo, *quante volte avesse « ritrovato reità punibile*, ed è oggi so-« lamente che dietro la *contraddizione* « eseguita, e dietro l'*esibizione del con-« tratto* 1), il pubblico ministero e la « gran-corte possono conoscere dell'esi-» stenza della verità nello stato attuale, « e se per ora vi sia nel fatto dedotto « *materia punibile*:—La gran-corte nella « camera di consiglio, e a voti uniformi, « e coerentemente alle orali conclusioni « del pubblico ministero, ha dichiarato e « dichiara che nello stato attuale non vi « è luogo a procedimento criminale. Le « parti si provveggano come di dritto nel « giudizio civile tanto per le conseguen-« ze della transazione passata tra i sigg. « *Mayer*, *Beltrani*, e *Cuomo*, quanto sul « conto degli altri tre mesi di gestione « non compresi nella medesima transa-« zione, salvo il dritto delle parti in esi-« to del giudizio civile a dedurre quan-« to possa loro, o a ciascuna di esse « competere in linea penale »

17. Or quale è l' ingiustizia di questa decisione? Qual dritto di *Cuomo* è stato con essa violato? Qual danno, qual interesse ne ha egli sofferto? Egli non potea

1) Per una pruova della buona fede di *Cuomo*, basta osservare, ch'egli accusò come fraudolenta la *transazione*, senza osare di presentarla. Essa venne esibita da *Mayer* e *Beltrani* nell atto della contraddizione. Vedete come lo *stato della causa* dopo la *contraddizione* poteva dirsi lo stesso che prima.

sperimentare che l'*azion civile*: questa gli si è renduta salva nel giudizio civile.— Ma perchè, *Cuomo* ripiglia. perchè *Mayer* e *Beltrani* negarono un *conto generale*? Appunto perchè avevano fatta la transazione. E se *Cuomo* aveva ancor dritto a questo conto, perchè nol domandò nei tribunali civili? Perchè non fece distruggere prima la transazione con l'azione di *dolo?*—Ma come parlar più di *dolo*, come di *conto*, come di *libri sociali* per quei primi nove mesi, se nella transazione è scritto: « Intende *Cuomo* ampiamente quitare detto *Mayer* e *Beltrani*, e vicendevolmente resta quitato da' medesimi, « QUALUNQUE POSSA ESSER L'ESITO DEL CONTO A TUTTO GIUGNO 1822, SOPRA IL QUALE « NON POTRANNO PIU' RIVENIRE LE TRE PARTI « CONTRAENTI.» E più appresso:« Qualunque possa esser l'esito del *conto finale* « col governo pe'nove mesi, anche se si « facesse dell'attrasso, non dovrà *Cuomo* « risentir cosa alcuna, ma debba restar « ferma la presente *transazione* ». Oggi che il *conto finale* col governo è stato giudicato andar bene, non andrà più bene la transazione?

18. Oltre a che la decisione della gran-corte è passata in giudicato. È dunque una *verità legale* contro di cui non si può più insorgere. *Cuomo* stesso vi si acchetò, e la trovò tanto giusta, che, gridatore e contenzioso com'è, non ne produsse ricorso.

19. Si aggiunga ch'ella fu pronunziata nella *prima camera* dal presidente *Caporeale*, e da'giudici *cav. Trevisani*, *Rondanini*, *Merenda* e *Curcio*. Perchè mai egli sceglie il solo *Curcio* ed il *proc. generale*, come soli responsabili civilmente di essa? Non vi è un sol fatto ch'egli osi rimproverare a costoro, qual *doloso inganno* fatto da essi a' colleghi. Perchè questa differenza ? Se però la decisione è giusta, se niun danno ha prodotto a *Cuomo*, la *presa-a-parte* per questo capo è inammessibile (§ 5).

20. *Seconda decisione della g. c.*: ella è del 12 marzo 1823. Produsse *Cuomo* una seconda querela contro *Mayer*, nascente da una cambiale già giudicata dal tribunal di commercio. Per questo processo il presidente delegò commessario lo stesso giudice *Curcio*. Costui nell'aver sotto l'occhio gli atti compilati nel tribunale di commercio, si avvide che quivi era intervenuto qual patrocinatore il sig. *Ferrante* suo cognato. Pieno di delicatezza, stimò esser questo motivo di ricusa volontaria, e lo propose al collegio il quale all'unanimità decise che lo *scrupolo* non militava, non essendo il sig. *Ferrante* procuratore nè avvocato nella causa innanzi alla gran-corte-criminale. Ad onta però di questa decisione, il giudice *Curcio* non pronunziò in seguito che alcune *ordinanze preparatorie*, e non è più intervenuto nella causa.

21. Torniamo dunque a' nostri quesiti. Questa decisione che rigetta lo *scrupolo* di *Curcio* è ella ingiusta? ha arrecato alcun danno al sig. *Cuomo?*

22. In *primo luogo* ognun sente la giustizia della decisione. Ricusa; materia odiosa; non debbono estendersene i motivi. Lodevole è la delicatezza di *Curcio:* lodevolissima la fiducia di cui lo contraccambia il collegio. In *secondo luogo* se questa decisione si credeva ingiusta, doveva esser attaccata con *ricorso per annullamento*. Ma invece di ciò, se ne soffrì il passaggio in cosa giudicata. In *terzo luogo*, s'ella fosse ingiusta, chi mai potrebbe esserne responsabile? Non certo il giudice *Curcio:* egli ripeterà sempre, *quid potuit facere et non feci?*

23. La forza del qual ragionamento non può dissimularsi da *Cuomo*. Egli perciò ravvolgendosi malignamente in un giro ambiguo di parole, par che voglia dire, che *Curcio* nel proporre lo *scrupolo* omise quei fatti che dal processo nascevano e che ben appoggiavano lo *scrupolo*, e ne manifestò taluni altri che non sorgevano dagli atti. Ma quai fatti, *quali cose ci tralascia, e quai ridice?* Il fatto era semplice, cioè che *Ferrante*, procuratore di *Mayer* nel tribunal di commercio, era cognato del giudice commessario della causa criminale : questo fatto egli scrisse, e questo fu giudicato insufficiente ad appoggiare lo scrupolo. Nè altro che questo solo, proposto poi ne' termini stessi che *Curcio* adoperò nello scrupolo, venne alfin dedotto da *Cuomo*, quando fu rivolto da lui in formale ricusa:» *Cuomo* allega la sospensione del giudice *Curcio* per l'*addotto motivo* di parentela ». Se dunque *Cuomo* nel produrre la ricusa non ripetette che lo stesso che *Curcio*

disse nello scrupolo, con qual voce chiameremo l'assunto di lui nella *presa-a-parte?* Non siamo incivili a segno da usar la voce comune, *mendacio*, di cui spesso il sig. *Cuomo* nella sua gentile allegazione ci fa dono; ma non possiamo di spensarci delle voci legali di *calunnia* ed ingiuria.

24. E ci sia lecito ripetere, che il giudice *Curcio* non ha più agito nella causa, e niuna delle quattro successive decisioni è stata pronunziata col suo intervento. *Curcio* dunque in quella maniera onde presentò lo *scrupolo*, non gli ha prodotto, nè ha potuto produrgli alcun danno. Lo *scrupolo* che non militò *di dritto*, ha avuto effetto *di fatto*. Per qual colpa dunque è *preso-a-parte* il giudice *Curcio?* Osserviamo non pertanto s'egli abbia alcuna altra colpa nell'andamento del giudizio terminato da altri giudici con la decisione feconda di assai colpe pel nostro avversario e per la sua procuratrice e pel loro difensore:

Huc acrius omnes
Incumbunt, *causae*, *lapsae sarcire*
(ruinas 1).

25. *Terza decisione, nella seconda camera* g. c.—7 aprile 1823.—Non ammesso lo scrupolo di *Curcio*, il querelante, come sopra si è detto, lo rivolse in ricusa, e vi aggiunse quella de' cinque giudici che ne avevano già presa congnizione. Senza costoro la gran-corte, composta di due camere, poteva continuare il giudizio in pendenza della ricusa: Lo continuò di fatti, e discusse la seconda querela di falso prodotta da *Cuomo* (§ 20), la quale riguardava l'antedata nella *girata* d'una cambiale: querela rigettata in linea di *falso incidente*, e dichiarata calunniosa e non pertinente alla causa, prima dal tribunal civile, poi dalla gran-corte civile La querela fu dichiarata dalla g. c. crim. anche insussistente: ella pronunziò non esservi luogo a procedimento. Tal decisione del 7 aprile venne attaccata di ricorso per annullamento; ed il ricorso fu dichiarato irricevibile 2). Essa dunque è passata in cosa giudicata. — Oltre a che essa fu pronunziata da *Girolami* vice-presidente, *Giunti*, *Vuolo*, *Giovenale* e *Ricca*, giudici. I *presi-a-parte* sono *Girolami* e *Ricca*. Si scorra tutto intero il famoso libello: non si troverà un sol *fatto particolare* che giustifichi la predilezione che *Cuomo* ha per questi due. Alle note dunque di azione ingiusta e calunniosa può ben aggiungersi l'altra di capricciosa. *Dux femina facti* 3).

26. Ma perchè non si volle aprire il procedimento sulla falsità della *data* nella *girata* della *cambiale?* E perchè (replichiamo noi) non volle aprirlo il tribunal civile, nè la gran corte civile? Pardessus, dopo aver detto qual sia l'oggetto della *girata* di una cambiale, spiega la differenza per cui talvolta la *girata* è un modo di esecuzione del *contratto di cambio*, e talvolta non è che la facoltà di negoziare la lettera. Nel primo caso ella opera trasferimento di proprietà: nel secondo non è che un mandato. Allorchè la *girata* è ristretta ai semplici termini di *mandato*, come si è giudicato nel caso nostro dal tribunal di commercio, e dal tribunale e gran-corte civile, l'interesse della *data* non è che de' soli *girante* e *giratario*. Ed o che il *mandato*, o sia la *girata* in questo caso, sia fatto un giorno prima, o che sia fatto un giorno dopo, purchè dopo la *girata* le facoltà del *mandatario* siensi spiegate, o sieno state riconosciute dal *girante*, il debitore, cioè a dire l'*accettante*, non ha alcun diritto di accusar questa data. L'art. 139 dell'abolito *codice di commercio*, corrispondente al 138 delle attuali *leggi di eccezione*, vieta, è vero, sotto pena di falso di apporre alle *girate* una data anteriore; ma sarebbe, soggiunge Pardessus, sarebbe contrario alla saviezza della legge, se volesse applicarsi il rigore di quest'*art.* ad ogni fatto materiale di *antedata*. Spesso questa è effetto di errore, spesso non ha in mira alcuna *frode;* ed in generale non può accordarsi azione contr' essa, che nel solo caso in cui l'*antedata* della *girata* si fa per sol-

1) Cangiando in *causae* il *generis* di Virg. *Georg.* IV, 248.

2) È il primo de' quattro ricorsi che furono il soggetto dell'arresto de' 29 agosto 1823. — V. *supra* § 6.

3) Virg. *Aen.* I, 361. — Per *Cuomo* che non sa scri ere, ha prodotto la *presa-a-parte* in qualità di procuratrice, la moglie di lui, letterata. — V. *sup.* § 7 in fin.

trarre la lettera agli altri creditori, o per nuocere in qualche altra maniera ai terzi 1).

27. Or *Cuomo* non è *terzo* in questa cambiale: egli è l'*accettante*, il debitore. Nè si è mai compreso come mai essendo la *girata* in quistione un semplice mandato, possa recar danno a *Cuomo*, se ella sia piuttosto del 2 agosto, che del 2 novembre. Ed ancorchè vi fosse stato trasferimento di proprietà, non si sa comprendere qual danno gli abbia recato il trasferimento ad altri, se mai si fosse fatto in uno od in un altro giorno. Non appena ch'egli è debitore, sia che paghi al *girante*, sia che paghi al *giratario*, sia che paghi ad un procuratore del *traente*, purchè *dies essit et venit*, è sempre lo stesso.

28. Ed ecco tutte le colpe de' giudici della Seconda camera, che han pronunziato questa decisione. Vengono ora quelle che son proposte contro del procurator-generale.

29. La lunga enumerazione così ne comincia: « Seguita appena la contraddi« zione, il procurator-generale si occu« pò unicamente a discaricar *Mayer*, sen« za permettere al querelante *Cuomo* l'e« sercizio de' suoi dritti. — E come ciò? Nell'*atto di contraddizione* il sig. *Cuomo* querelò *Mayer*; e *Mayer* querelò *Cuomo*. Il procurator-generale stava *medius*, e fino a quel punto *col suo ufizio di udire entrambi* per corredar di pruove ciò che entrambi avean detto, onde chieder poi ciò ch'era di ragione (§ 11). Nell'*atto di contraddizione*, *Mayer* fè conoscere che questa causa era tutta civile; ch'era stata giudicata dal tribunal di commercio; che l'*azione di falso* si era prima prodotta nel tribunal civile, e giudicata *impertinente*, e rigettata. Dedusse inoltre che molti documenti che smentivano la querela, erano presso il sig. *Marsella*, il quale è soprintendente generale di quelle sussistenze militari pel di cui appalto la cambiale era scritta. Poteva esservi testimone più essenziale in una causa, che dall'amministrazione di questo appalto sorgeva? Non indicato da alcuna delle due parti, era del criterio del procurator-generale il richiederlo: indicato, divenne necessario 2). — Or *Mayer* ricordò tal necessità in una supplica, in piè della quale scrisse il procurator generale: *Visto ciò che Mayer dice nell'atto di contraddizione*, SI SCRIVA *al sig. Marsella per avere i documenti che si enunciano*. Ed in piè di quest'ordine si legge la nota del segretario: SI È SCRITTO. — Or le colpe di questo *si scriva*, di questo *si è scritto*, o di tutto ciò che n'è dipeso, sono, a senso di *Cuomo*, gravissime, inespiabili, infinite. Numeriamone le principali.

30. *Prima colpa* — Come mai si sente un reo non presente in giudizio? — Abbaiamento alla luna. Ne abbiamo detto abbastanza (§ 29). Era dubbio ancora se il giudizio fosse civile o penale: era dubbio chi dovess'essere il vero querelante. In *accuse di dubbia reità*, come è questa, quello che sembra così strano a *Cuomo*, è di dritto antico, è di dritto nuovo, è di dritto novissimo (*sup.* § 11 e 12).

31. II *colpa* — Quel, *visto ciò che Mayer dice nell'atto di contraddizione*, è intruso e interlineato. Dunque è falso. — Da questa premessa a questa conseguenza il salto è *mortale*. Se chi interlinea la sua propria scrittura, prima ch'ella diventi di ragion pubblica, fosse falsario, maestro ben solenne di falsità sarebbe ORAZIO, il quale fra i precetti dello scriver bene dà per l'appunto quello di non risparmiar mai le cancellature e le interlinee:

Reprehendite quod non
..... multa litera coercuit, atque
Praesectum 3) decies non castigavit ad
(unguem.

Che anzi non solo ei sarebbe falsario, non peccatore ostinato e impenitente, perchè si gloria financo di questo peccato: *scriptorum quaeque retexens* 4).

32. Rallegriamoci però con lui, e con chiunque non può ben viv re senza di lui, che il giureconsulto PAOLO ne fa la discolpa: *Falsum est si quis alienum chirographum imitetur, aut intercidat, vel*

1) PARDESSUS, *Del contratto e delle lettere di cambio*, parte 1, cap. 3, sez. 2, § 2.

2) Art. 109 delle ll. di pr. pen.

3) Lezione che assai più di *perfectum*, piace a MURETO e a LAMBINO, e che fa più immagine, o con più forza permette a ciascuno *negli scritti proprii* non le sole aggiunzioni e cancellazioni, ma anche le grattature e le tonditure. — V. i loro comenti in Hor. *De arte*, v. 292.

4) Hor. Sat. II, 3, v. 4.

describat 1). *Alienum* dunque, non *proprium*. E a chi sembrasse troppo omai rancido e pesante il trarre tal difesa da grosso e vecchio volume, qual è il *Digesto*, ed amasse pel suo stomaco il cibo più leggiero d'un articoletto recente, glie lo presentan tosto la legge del 3 gennaio 1809, e l'ultima sul notariato, ove è detto che anche gli *atti autentici* soffrono, senza tema di falso le *postille*, le *cancellature*, e le *interlinee*, purchè queste sieno riconosciute dalle parti. Tessiamo dunque liberamente e stessiamo i nostri scritti, come ci piace: *scriptorum quaeque retexens*. Questa metafora tolse Orazio da una femmina celebre 2), che *stesseva* di notte ciò che *tesseva* il giorno. Ed una, non men pudica femmina, fatta contro di noi procuratrice, osa riprender questo? Al marito, e non a lei sarebbe forse perdonabile: poichè ricco di moneta, quanto povero di alfabeto, non ha il dovere di conoscere i particolari di questa nostra miserabil arte di scrivere. *Misera fortunatior arte* 3), non gli frullò mai fra queste inezie il cervello 4).

33. Ma non è perdonabile quando ei non rammenta ciò che *Mayer* già disse in contraddizione con lui. Non parlò forse *Mayer* di queste carte di *Marsella*? Non parlò ancora delle produzioni e delle sentenze del tribunal di commercio, e del tribunal civile, nelle quali minutamente si ragiona della cambiale e della *girata* attaccata di falso? O che dunque il procurator-generale ne avesse fatto menzione in quell'*interlinea*, o che l'avesse taciuto, era il medesimo. Bastava che *Mayer* lo avesse chiesto: il procurator-generale senza bisogno di mentovarlo in quel *visto*, dovea necessariamente scriverne let tera a *Marsella*. Quel *si scriva*, quel *visto*, quel *si è scritto* sono indicazioni per memoria della cosa, e non forme di procedimento. La cosa essenziale era la natura dell' affare, o la sola dimanda di *Mayer*.

34. Nè mai si perda di mira, che questo *si scriva* ec., non è una *requisitoria*, non è una sentenza. È una semplice *nota*, la quale significa: *nella mia uficina, sotto la vigilanza del segretario, si scriva la lettera a Marsella, la quale io soscriverò;* ed il segretario dopo aver ciò adempito, soggiugne per suo discarico in piè dell' ordine: *si è scritto, si è adempito*. Or una cancellatura, una *interlinea* in uno scritto di questa sorta, *incidit in legem corneliam de falsis?* E dato anche per vero che quel *visto* siasi aggiunto dopo che già si era scritto a *Marsella*, ciò nemmeno rileva. Perciocchè il procurator-generale avrebbe voluto in quel *visto* conservar la memoria del motivo prossimo, che lo spinse a chiedere quelle carte. Anzi dovea chiederle senz'esso. Tosto che queste carte erano necessarie a definire se la causa era civile o criminale, se decisa ne' tribunali di commercio e civile, potesse ella redintegrarsi in linea penale, e se data anche la competenza penale. *Mayer*, oppure *Cuomo*, avesse dritto di *parte-civile*, sempre *di ufizio* doveva il ministero-pubblico richiamar queste sentenze, e particolarmente la corrispondenza con *Marsella* che svelava l'oggetto della cambiale (§ 29). La calunnia manifesta di *Cuomo* può stancar la pazienza, ma non può diventar dubbia sol perchè ei ne divide e suddivide i capi per fili sottilissimi.

35. III *colpa*. — Prosegue il libello: poteva egli (il procurator-generale) *chiedere ed eseguire? Si scriva... si è scritto*. Confusione è questa di poteri, non che nuova, incomprensibile!

36. Ma si è detto già, che con questo *si scriva*, il procurator-generale *non chiese*: egli *ordinò* al segretario che scrivesse; ed il segretario notò per memoria: *si è scritto*. È un giro d'uficina. Il procurator-generale è incaricato dalla legge a preparar le carte che debbono servir di elementi ad ogni giudizio della *gran-corte*: egli solo ha la corrispondenza con tutte le autorità: egli è il primo agente di polizia giudiziaria, e come tale *di proprio dritto* investiga i reati, e ne raccoglie le pruove senza bisogno di chieder nulla alla gran corte fintanto che ella non ne prenda conto e non ispieghi la sua giurisdizione 5). Egli dunque eseguì da

1) L. 23, D. XLVIII, 10, *De lege corn. de falsis*.
2) Lambinus ad d. Sat. II, 3, v. 4.
3) Hor. *De arte*, v. 295.
4) V. la nota 3 alla pag. 702.
5) Art. 8 e 12 delle ll. di proc. pen.

sè quel tanto ch' era suo dover di eseguire ; non *chiese* ad alcuno se potesse farlo. Le *requisitorie* sono scritte con voci o *richiedenti* o *precative*, e il nostro *si scriva*, è imperativo... Pietà! E a qual miseria siam giunti? Un ordine al proprio segretario, preso per *requisitoria* alla gran-corte!

37. IV *colpa*. — Il procurator-generale scrisse anche per avere le produzioni dal tribunal di commercio; ma senza le frasi, *si scriva... si è scritto*. Perchè diverso tanto da ciò che fece per le carte di *Marsella?* Si agisce dunque e non si agisce a capriccio? — Ripetiamo che queste *note* son ricordi per l'ufficina: si fanno e non si fanno ad arbitrio *in cifra* o *per esteso*, con pentimenti o senza, e più lunghe o più corte, secondo che si ha tempo, o una penna più presso la mano o più lungi.

38. V *colpa*. — Ma nel dì appresso (22 febb.) il procurator-generale, dopo avere scritto al presidente del tribunal di commercio, richiese con una *requisitoria* alla gran-corte, *di chiamarsi quegli atti, prevenendo di averne già dato le disposizioni senza averle ricevute*. E perchè (dice *Cuomo*) perchè non notò anche nella *requisitoria* le disposizioni già date per le carte di *Marsella?* E perchè la *requisitoria* non fu seguita da deliberazione della gran-corte?

39. La risposta è sempre una : questi sono atti regolati dalla prudenza, e non dalla legge. Trattandosi di carte che si chiedevano ad un tribunale, amò forse il procurator-generale che si unisse alla sua anche l'autorità della gran-corte. Non così per le altre della sopraintendenza. — Il fatto fu che in forza del solo primo uffizio di lui le carte vennero e da *Marsella* e dal tribunal di commercio, e la *requisitoria* rimasta inutile, non fu seguita da decisione.

40. Da ciò trae *Cuomo* una VI ed una VII *colpa*. — La *sesta* ci avverte, che i magistrati non debbono mai scriver cose inutili. Ma in ogni atto sociale, ed anche giudiziario, *utile per inutile non vitiatur*, Ond'è, che se un procurator-generale scriva una lettera o una requisitoria o anche una noterella non necessaria, egli è già reo per *Cuomo?* E di chè? *Di tempo perduto*. Reato veramente di cui ogni altro avrebbe dritto di far querela, fuor che colui che produsse per solo capriccio nella corte suprema del regno *quattro ricorsi irricevibili*: poichè tanto è dire, *ricorso irricevibile*, quanto lo è, *ci avete fatto perdere il tempo ad occuparcene*.

41. La *settima colpa* poi è che quella *requisitoria* non si propose subito, cioè prima che *Marsella* ed il *presidente del tribunal di commercio* rispondessero alle lettere del procurator-generale. — Or immaginiamo che questi due fossero stati meno urbani e non avessero risposto sì presto, e che poi si fossero richieste le carte in forza di una decisione? Che ne sarebbe avvenuto? Che due *gentiluomini* avrebbero avuto due lettere invece d'una, delle quali certamente o la prima o la seconda sarebbe stata efficace E cosa avremmo fatto allora con la *teoria* del reato gravissimo della *perdita di tempo?* Vi avremmo aggiunto l'altro, a scapito d'altri, di mancanza di galateo per non aver risposto alla prima. *Oh improbe factum!*

42. Viene però l'VIII *colpa*. . . . *Insigne, recens, indictum ore alio*. — Mentre il procurator-generale scriveva quella sua requisitoria, ritenne il processo senza farne *invio* alla *cancelleria* ; perchè certamente non vi è negli atti notamento d' invio, nè di ritorno. Nel che suppone il sig. *Cuomo* che la *cancelleria* di una corte-criminale sia in una città, e l'ufficina del procurator generale in un' altra, che non esca una carta da ciascuna di esse, se non minutamente protocollata, e che questo passaggio e quest'invio si faccia con solennità pari alle formole *praescriptis verbis* Ignora ei dunque, che presidente, giudici, ministero-pubblico e cancelliere formano un sol collegio; che spesso stando tutti nella stessa camera, l'invio e il ritorno delle carte si fa quivi nello stesso luogo; che i registri non sono sottoposti che a quella forma di prudenza che il presidente ed il procurator generale credono a proposito ; e che la mancanza di notarvi un passaggio di carte è affare di commessi e non di giudici? — Ma nel fatto l'imputazione è falsa; perchè in piè di quella requisitoria del 22 febbraio, si legge la commessa fatta dal presidente nel dì 25: *al giudice Curcio;* ed il presentar la requisitoria al presidente

per la commessa è ufizio del cancelliere. Le carte dunque con la *requisitoria* del 22 febbraio passarono nella cancelleria.

43. La IX *colpa* è che venute le carte domandate, il procurator-generale nel dì 7 marzo richiese che s'interpellassero tanto *Mayer* che *Cuomo*, perchè fra quattro giorni presentassero tutte le altre carte indicate nell' atto di contraddizione. — Dunque le carte ritornarono dalla cancelleria al procurator-generale: la nona accusa smentisce l'ottava.—Intanto la gran-corte fece dritto a questa requisitoria del 7 marzo. Così *Cuomo* ritorna a sostenere, che *Mayer* (ch' egli si ostina a chiamar sempre *imputato e non presente*) non poteva mai esser messo a paro con lui nel dritto di esibir carte. Ma noi ne abbiamo ragionato abbastanza (§ 11 e 12).

44. La X *colpa* è che le carte furon presentate da *Mayer* al *commesso di cancelleria* presso *Curcio*, e non al *cancelliere* in persona. — I *commessi-giurati* non rappresentan forse in tutti gli atti il *cancelliere?* E la camera d'istruzione di un giudice non fa parte della cancelleria?

45. L' XI *colpa* è che in piè del verbale disteso da questo *commesso-giurato* vi è la requisitoria del procurator-generale, senza *formale* e *scritto invio* delle carte dalla *cancelleria* al medesimo!!!— Torniamo allo stesso di che sopra si è parlato (§ 41).

46. La XII *colpa* è nella *data* della requisitoria del 5 aprile. E qui trionfa il nostro avversario:

Questa conclusione è la secure
Che il capo a un colpo leverà dal
(*collo.*

Essa ferisce ed il *procurator-generale ed il vice-presidente.*

47. Si erano da *Cuomo*, o per dir meglio dalla sua procuratrice, ma senza procura *ad hunc actum*, si erano allegati a sospetto *sei giudici* della *prima camera*, compreso il presidente. La causa dunque passava di dritto al *vice-presidente* ed alla *seconda camera*. Perciò il *procurator-generale* scrisse nel dì 5 aprile di suo carattere una *requisitoria*, che la seconda camera giudicasse la causa. Il numero 5 (in arabico) era alquanto alterato; tal che *per extensum*, e sempre di suo carattere, il procurator-generale vi scrisse sopra, *dico cinque*. — *Falsità*, *falsità*, grida *Cuomo*. — Richiameremo qui *Orazio* e *Paolo*, e la *legge sul notariato* ed il *buon senso* (§ 31 e 33)?

48. Ma quella *cifra* 5 sembra soprapposta ad un 7. Dunque la requisitoria si fece nel dì 7. — E dal *sembra* voi volete conchiudere all'*è?* Anzi in piè di questa requisitoria sta chiara e senza macchia o cancellatura alcuna, la decretazione del vice-presidente: *A' 5 aprile ritenuta per me: Girolami V. P.* Dunque la requisitoria è dei 5. — E questa decretazione, ripete *Cuomo*, è anche falsa. - E perchè? Perchè la *requisitoria* è del 7. *Petitio principii: rotatio pistilli.* — Ma o che sia del 5, o del 7, ciò che rileva? Per qual motivo dovevasi scrivere piuttosto l'un numero che l'altro? La decisione definitiva è del 7. Potea dunque la requisitoria e la commessa farsi ugualmente nel 7, che nel 5. Qual legge vieta ad un presidente il far cosa al momento che la requisitoria si consegna o si scrive? E se questa fosse stata scritta nel dì 7, qual vantaggio ne avrebbe avuto *Cuomo* per dire che la *data* del dì 5 gli faccia male? Vorremmo che il suo difensore, il quale par troppo invasato dalle passioni del cliente 1), badasse più al *fatto* ed alla legge, che alla fantasia di chi non pago di trentaduemila ducati di frutti in nove mesi per trentamila di capitale, parla di milioni di guadagno, quasi che le truppe austriache si fossero cibate d'aria e tutto il danaro del governo fosse andato nella borsa degli appaltatori. Ma non ha *Cuomo* diretto le sue denunzie anche al governo? Lo risposte del sopraintendente *Marsella* lo smentiscono.

49. Le successive colpe, di essere stata giudicata la causa della cambiale piuttosto dalla seconda che dalla prima camera; di essere stata giudicata in pendenza

1) *Fero ego te, Torquate, iamdudum fero: et nonnumquam animum incitatum ad ulciscendam orationem tuam revoco ipse et reflecto. Permitto aliquid iracundiae tuae, do adolescentiae, cedo amicitiae, tribuo parenti* (V. la nota alla pag. 701): *sed nisi tibi aliquem modum tute constitueris, coges oblitum me nostrae amicitiae, habere rationem meae dignitatis. Nemo unquam me tenuissima suspicione perstrinxit, quem non preverterim. Sed mihi hoc credas velim: non iis libentissime soleo respondere, quos mihi videor facillime posse superare.* Cic. *pro Sulla*, c. XVI.

della ricusa de' sei magistrati; di essere stato nella decisione *snaturato il fatto* ec. ec., tutte sono state materia de' *quattro ricorsi*. L'avvocato generale presso la corte suprema vi ha risposto ampiamente; ed alle importunità di *Cuomo*, perchè almeno, ove i ricorsi di lui fossero dichiarati irricevibili, si fosse chiesto l'annullamento nell'interesse della legge, egli rispose allora dimostrando la giustizia delle decisioni, e la regolarità del procedimento (§ 6).

50. *Quarta decisione.*—16 aprile 1823. Questa è che dichiara inammessibile la *ricusa* de' sei magistrati per difetto di facoltà in chi la produsse 1). L'apologia ne fu fatta dall'avvocato generale del Re presso la corte-suprema, quando ella venne esaminata in grado di ricorso, e fu fatta con ben altra forza che noi non potremmo. Nel libello di *presa-a-parte*, *Cuomo* non fa che ripetere i *mezzi di annullamento* allora discussi, e dichiarati inammessibili con ragionamento, ch' esclude ogni nullità non solo nell'interesse della parte, ma anche nell'interesse della legge.

51. Se non che giova rispondere ad una lieve malignazione -- Nella *prima camera* erano *sette giudici*, compreso il presidente. Di essi, due soli, *d'Addiego*, e *di Feo*, non erano stati presenti nella decisione del 13 febbraio: è questa la prima tra quelle che son dette inique dall'instante (§ 9). Nella decisione però del 12 marzo (§ 20) erano intervenuti quei due, mentre mancarono in questa il cav. *Trevisani* e *Curcio* intervenuti nella prima del 13 febbraio, de' quali il secondo si avea già fatto scrupolo.

52. Ma tosto che la decisione del 13 febbraio è così accusata da *Cuomo*, ed il giudizio di *presa-a-parte* si fa principalmente cader su di essa, il cav. *Trevisani* che vi pronunziò, non può essere agli occhi suoi innocente. E *Cuomo* lo espose nel suo libello di ricusa; ed il procurator-generale che se ne avvide, per togliere ogni motivo di calunnia, nella sua requisitoria del 7 aprile domandò, che la causa di ricusa si decidesse nella *seconda camera*, escluso il cav. *Trevisani*.

53. Se non che tal dimanda non può essere altro che una pruova della brama del procurator-generale che i giudici fossero di scelta e di soddisfazione di *Cuomo* 2). Ma non appena che la causa trasmigrava di dritto alla *seconda camera*, il cav. *Trevisani* di dritto ne restava escluso: poichè egli fa parte della *prima*. E non già la requisitoria del pubblico ministero, ma questa fu la ragion vera per cui nelle decisioni successive il cav. *Trevisani* non potette prendere parte.

54. Or sarebbe credibile a chi non ha letto il libello di *Cuomo*, sarebbe mai credibile ch'egli fra i motivi di *presa-a-parte* collochi per l'appunto, che il cav. *Trevisani*, giudice confuso fra' rei della decisioni del 13 febbraio (§ 52), giudice della *prima camera*, non sia stato chiamato a giudicare nella *seconda?* Queste, ei grida, son colpe manifeste così del presidente della camera, come del procurator-generale.

55. Nè questo è solo. Nella *seconda camera* è il giudice *Beneventani*, terzo di grado; ed il giudice *de Simone* quinto. Questi due non votarono nella decisione del 7 aprile (§ 25), come non votò nella decisione del 16 (§ 49) *Giunti*, secondo giudice, nè *Beneventani*. Perchè, esclama *uomo*, perchè *allontanare i più anziani, che giusta il disposto della legge organica avevano il dritto d'intervenire?*

56. La parola *allontanare* è posta quì, come ognun vede, malignamente. Le cause che si pronunziano con cinque giudici, si propongono non *a' più anziani*, ma a coloro che si trovano meno occupati e presenti. È noto che i giudici crimina-

1) Era prodotta dalla moglie e procuratrice di *Cuomo*, senza mandato speciale. — V. *sup.* § 25.

2) Ed io che compatisco quest'uomo, se in mezzo al rumore de' suoi frulloni non distingue il grido delle nuove leggi, ne ammiro l'ingegno, perchè, senza conoscere il nome di Cicerone, pensa come lui: *neminem esse iudicem nisi qui inter adversarios convenissent: timoris enim causam, non vitae poenam in illa potestate esse voluerunt.* Pro Cluentio, c. 43. Avea dunque torto Cicerone a non avere molto in pregio l'arte di costui, ad onta del *Iupiter pistor* de' Romani, perchè *in Orat.* l, 12, egli dice con disprezzo: *Oratorem in iudicio, tamquam in aliquod pistrinum, detrudi et compingi videbam.* Avesse egli preveduto il modo villano, col quale noi siamo stati sospinti entro questo giudizio?

li debbono attendere spesso alle istruzioni, spesso agl'interrogatorii de'rei, più spesso al dovere di supplire i giudici mancanti nell'altra camera o nella gran-corte-civile. La legge esige nelle decisioni di questa natura l'intervento di tre o di cinque giudici, e nulla più. È stato mai elevato a nullità che uno più che un altro abbia votato? E qual documento o presunzione appoggia quella parola insidiosa, *allontanare?*

57. Oltre a che il giudice *Trevisani* se non fu nelle decisioni successive, fu nella prima del 13 febbraio (§ 9 e 10), e questa è criminosa a senso di *Cuomo:* il giudice *Giunti* se non intervenne nella decisione del 16 aprile (§ 49), intervenne nell'altra del 7 (§ 25), la quale, secondo dice *Cuomo*, è assai più iniqua: il giudice *de Simone* se non votò in questa del 7, votò in quella del 16 aprile, la quale fa orrore: il giudice *Beneventani* se non venne chiamato ad alcuna di queste, fu nell'ultima del 16 maggio, la quale merita il fuoco: di essa parleremo or ora (§ 60). Chi non vede dunque che *Cuomo* non

parla per ver dire,
Ma per odio di altrui e per disprezzo?

58. Quivi viene l'accusa particolare contro il giudice *Ricca*—Udiamone il tenore dalla procuratrice letterata dell' illetterato marito.

59. » *Cuomo* (ella dice) allegò la so-
« spezione del giudice *Curcio* e di cinque
« altri della prima camera (§ 25). L'atto
« fu esibito al cancelliere per mezzo di
« due notai. Il giudice *Ricca* arbitraria-
« mente s'impadronì dell'*atto di ricusa*,
« chiamò a sè i notai, e con minacce
« obbligò loro ripigliarsi l'instanza, della
« quale a norma delle leggi, poco in-
« nanzi erasi dal cancelliere pur data let-
« tura al presidente. Posteriormente egli
« intervenne nelle decisioni del 7 e 16
« aprile (§ 25 e 49), non ostante che
« fossero ancor presenti *giudici di lui*
« *più anziani*, a'quali *non fu permesso*
« *l'intervento.* »

60. Se non avessimo ribrezzo di far uso del familiare vocabolario di questa donna di lettere, che *più bel fiore coglie* da suoi frulloni, che tutti, gli accademici della Crusca dal loro, noi ben vi troveremmo la parola onde chiamare con precisione queste proporzioni.—All'accusa dell'*allontanamento de' più anziani*, abbiamo risposto abbastanza (§ 55).

61. In ordine poi al fatto de'*notai*, non sappiamo com'entri nel capo a costei di farsene denunziante. La sua ricusa era stata ricevuta dal cancelliere, quando fu presentata a lui da'due notai: il cancelliere anzi ne avea *pur data lettera al presidente* (§ 59). Essa di fatti è stata giudicata senza essersi mai elevata quistione sulla *presentata*. Perchè *Cuomo* non andò egli direttamente e solo al cancelliere? Non fu forse una impertinenza de' notai il mischiarvisi senza bisogno? Si aggiunga, che se la *presa-a-parte* non è ricevibile altrimenti che pel danno sofferto, qual danno ha ricevuto *Cuomo* da questo fatto de' notai? Egli non voleva altro se non che la ricusa fosse ricevuta dal cancelliere. Ciò era stato fatto. Il di lui interesse dunque era finito. Se è vero che i notai fossero stati oltraggiati, appartiene ad essi, non a *Cuomo*, il querelarsene.

62. *Quinta decisione*: 16 maggio 1823. Mentre pendeva la causa innanzi alla gran-corte criminale, *Cuomo* querelò *Mayer* di aver fatto uso in una memoria di parole ingiuriose. La gran-corte ne esaminò il valore, e decise che quelle parole non contenevano inqiuria alcuna, e che non davano luogo a procedimento penale. Di ciò *Cuomo* produsse il suo terzo ricorso per annullamento, il quale fu pur dichiarato irricevibile. I motivi di annullamento si volgono anche qui in motivi di *presa-a-parte.*

63. *Sesta decisione*: 18 luglio 1823—Niego di alcuni documenti, i quali si domandarono da *Cuomo* per avvalersene in sostegno dei suoi primi tre ricorsi alla corte-suprema. — Ma è statuito, che le parti, specialmente nelle cause criminali, non hanno dritto di presentar altri documenti alla corte-suprema, fuor che le decisioni impugnate. La corte-suprema bensì può richiederli, ove a lei faccian d'uopo. Ben dunque la gran-corte-criminale rigettò la dimanda di questi documenti, quando soggiunse, che se fossero bisognati alla corte suprema, questa, e non la parte avea dritto di richiederli in linea di rischiaramenti.—E tal decisione fu soggetta ad un quarto ricorso, il quale venne anche dichiarato irricevibile.

64. Raccapitolando il fin qui detto, noi abbiamo sei decisioni. Son tutte passate in giudicato; le due prime senza ricorso; le quattro altre per essere stati i ricorsi dichiarati *irricevibili*: anzi le decisioni attaccate sono così regolari, che mal si è provato il ricorrente di ottenerne almeno l'annullamento nell'interesse della legge, o la disapprovazione di qualche loro consideramento.—La *presa-a-parte* esige che decisioni manifestamente ingiuste abbiano per dolo de' giudici recato danno al ricorrente. *Cuomo* è così persuaso del contrario, che non attacca gli autori di queste decisioni, i quali son *quattordici*, oltre il procurator-generale. Ne attacca tre *parzialmente*, e con essi il procurator-generale. Ma come attacca il procurator generale? La maggior colpa che gli rimprovera è qualche cassatura e correzione nel suo scritto 1). Attacca poi il *vice presidente*... e di che? Di non aver fatto intervenire giudici, che o non dovevano intervenire o potevano non intervenire. Attacca il giudice *Curcio* per essersi fatto *scrupolo*, e non aver più deciso nella causa, mentre *Cuomo* assume appunto che doveva farsi scrupolo e non decidere: Attacca finalmente *Ricca* per aver ripreso due notai che mancarono di rispetto alla gran-corte. — Ma le decisioni?... ma il danno'... ma il dolo de'magistrati?... Nulla.

65. Queste osservazioni, ma più che queste la evidente calunnia di *Cuomo*, e la evidente giustizia delle decisioni della gran-corte-criminale, faranno certo dichiarare inammessibili i motivi di *presa-a-parte*, come *inammessibili* furono dichiarati i motivi per annullamento 2).

IX.

GIUDIZIO DEL MERITO

Presa-a-parte per denegata giustizia.

1. Signori 3), la camera civile di questa corte suprema ha permesso al sig. *Langellotti* di far notificare al procurator generale del Re presso la gran-corte criminale di Napoli il suo libello di azion civile, o sia *presa-a-parte* 4). La causa è già instruita 5). Dovete voi deciderla nel merito 6).

2. Un dipinto tenuto in gran pregio nella chiesa della Sapienza (creduto del Domenichino) trovasi ora nella galleria del cav. *Langellotti*. Gran rumore ne han menato le monache. Il processo di furto contro chi l'ha venduto all'attual possessore, cominciava appena ad instruirsi, quando *Langellotti*, che s'ignorava ancora se avesse comprato o no di buona fede, facea dimanda al procurator-generale presso la

1) *Turpem putat in scriptis, metuitque lituram.* Hor. Ep. II, 1, v. 167. — Ed Orazio stesse esserva che gli uomini i quali mancan di lettere, estimano la eccellenza dello scritto, non dal merito e da quella ch'ei chiama *mundities* dello stile, ma dalla nitidezza del carattere. Guai a noi, se capitasse sotto gli occhi di *Cuomo* qualcheduno dei nostri poveri scritti.

2) Nel dì 6 dicembre 1828, a rapporto del consigiior Manconi, sulle conclusioni uniformi dell'avvocato gen. Criteni, la camera civile pronunziò così: « *Considerando*, che in tutti gli atti giudi- « ziarii indicati nel libello di *Francesco Cuomo*, « non se ne incontra che contenga o giustizia de- « negata, o ingiustizia commessa, o dolo in chi « ne fu l'autore, o danno da *Cuomo* medesimo « sofferto: — visto l'art 577 pr. civile: — dichia- « ra inammessibile la sua instanza, e lo condan- « na alla multa *ec. ec.*

3) Conclusioni nella camera criminale della corte suprema, nella causa di azion civile contro il procurator generale del Re presso la gran-corte criminale di Napoli, 4 agosto 1820, Libetta comm., Nicolini m. p., Giacinto Positano avv. dell'attore, cav. Michele Agresti e Domenico Torrusio, avvocati del convenuto.

4) Arresto della camera civile della corte suprema, 7 marzo 1820, Rizzi comm., Nicolini m. p.

5) Dietro provvedimento preparatorio del 28 aprile 1820, Canofari comm., Nicolini m. p. — Il ricorrente avrebbe voluto la trasmissione in corte suprema di tutto il processo, dimanda contraria all'uso confermato dalla legge. In corte suprema non si trasmette il processo che quando si attacca la decisione definitiva di assoluzione o condanna. In ogni altro caso non possono chiedersi che rischiaramenti (art. 183 pr. pen.); e rischiaramenti vennero con questo provvedimento preparatorio domandati. — V. il § 63 del n. precedente.

6) Art. 578 e 579 pr. civ.

gran-corte criminale, perchè gli atti venissero richiamati, ed interdetta ogni ulteriore instruzione, come per fatti che non davano luogo a procedimento penale. Il procuratore-generale sostiene, che nello stato in cui era la causa, le instanze di *Langellotti* non meritavano ascolto, tanto più che non appariva ancora contro di lui alcun indizio di scienza della qualità furtiva della cosa; ed in piè d' ogni domanda, nel dì stesso in cui essa presentavasi, ei scriveva la sua requisitoria secondo che gli sembrava convenevole al fatto ed al dritto. E la gran-corte vi provvedeva. Se non che sì fatti provvedimenti non furono intimati a *Langellotti*. Gli venne bensì intimata l'ordinanza del giudice istruttore, ch'egli esibisse il dipinto, altrimenti vi sarebbe astretto con l'arresto personale; ordinanza che lo turbò, ed unico motivo forse per cui tosto si volse alla corte suprema, attaccando il procurator-generale, il quale per non aver richiamato il processo dall' instruttore, nè interdettagli l'instruzione, dava ad un amator di pittura il dolore di vedersi staccar dal muro l' opera di un gran pennello. Egli *prese a parte* il proc. generale per *per denegata giustizia*.

3. L' azione però è insussistente per fatto, è inammessibile per legge. Il niego di giustizia non si avvera già quando il magistrato non aderisce ad una dimanda: altrimenti ogni preditor di lite potrebbe *prendere a parte* il suo giudice. Il niego di giustizia si ha quando il magistrato non provvede affatto alle rimostranze delle parti, e trascura di pronunziare sulla causa ad instanza di chi ha dritto al giudizio 1). Or in primo luogo innanzi alla giustizia penale era attaccato il venditore del quadro, nè l'instruzione era ancor giunta al dolo del compratore. Così almeno pensava il procurator-generale, il quale fino all' atto della *presa-a-parte*, non altro che questo benigno sentimento spiegava in piè delle instanze. L' assicurarsi del quadro, era assicurarsi del *corpo del reato*; e in qualunque mano si fosse questo trovato, il giudice instruttore poteva, anzi dovea richiederlo, ancorchè il possessore fosse di buona fede 2). Nè è vano avvertire che non appena il provvedimento della camera civile permise a *Langellotti* di citare il procurator-generale, sì che questo magistrato dovette astenersi dal suo uffizio nella causa 3), l'instruzione ripigliò con altri il suo corso; e questa si sviluppò più ostile contro del ricorrente; e chi rappresenta ora il ministero pubblico nella causa presso la gran-corte criminale, ha domandato contro di lui, in forza degl' indizii antichi e novelli, un mandato di arresto.

4. Par dunque che la querela contro il procurator-generale sia stata unicamente intesa a sospendere l'esibizione del quadro, *corpo del reato*, ed a prevenire questo mandato, ritardando ed intorbidando l'instruzione. All'incontro la serie dei fatti su'quali poggia la querela, la dimostra evidentemente calunniosa. Un procuratore-generale non giudica; e perciò non dovea far altro che scrivere le sue requisitorie sulle domande del ricorrente; e non consegnarle a lui, ma rimetterle in cancelleria. Nè vi era mestieri, che *Langellotti* le conoscesse, perchè il processo non era ancor pubblico. Ed il proc. gen. le scrisse subito; e subito le rimise in cancelleria per sottoporle al giudizio della gran-corte.—Ma egli (replica il ricorrente) s'ingannò in quelle sue requisitorie. Potrei sostenere ch'egli le scriveva in conformità della legge. Ma ciò non è necessario, tosto che l' attacco contro questo magistrato è solamente per rifiuto, come l'attore si esprime, di dare *sfogo* alla domanda. Lo *sfogo* vi fu dato nelle forme che al ministero pubblico prescrive la legge.

5. L'azione dunque del ricorrente non ha fondamento alcuno di fatto su cui possa appoggiarsi. Non vi fu rifiuto, nè obblio, nè omissione di requirere. E se vi fosse stato, ben altro è il rifiuto, l'obblio, o l'omissione che danno semplicemente luogo a nullità, da quelli che posson esser motivi di *presa-a-parte*. I primi son preveduti dall'art. 330 pr. penale, e verificansi ogni qualunque volta una delle parti faccia dimande tendenti ad esercitare un dritto o una facoltà concedutale dalla leg-

1) Art. 200 l. org. — Art. 4 ll. cc.
2) Art. 61 pr. pen.
3) Art. 579 pr. civ.

ge, ed il giudice ometta o ricusi di deliberarvi. Or abbiamo da' rischiaramenti rimessi dalla gran-corte, e dalle copie presentate dalle parti, che non vi fu affatto questa specie d'obblio, d'omissione, di rifiuto. Oltre a che qual diritto aveva di constituirsi in giudizio, chi non era ancora querelante nè imputato? Gli stessi testimoni non possono presentarvisi ultroneamente; nè altri può intervenirvi, se pria non è riconosciuto il suo carattere di parte nella causa 1). Adesso il ricorrente comincia ad esser tale, adesso che il nuovo agente del pubblico ministero chiede contro di lui, come di complice nel furto, un mandato di arresto. Ma ciò è effetto delle novelle pruove dopo il libello di *presa-a-parte*. Fino a tal punto non vi era contro di lui che il timore di dover esibire il quadro. Ma anche dopo che fu spedita questa ordinanza istruttoria, essa non gli dava altro carattere, che di compratore del quadro e di testimone. Se egli avesse dovuto perderlo, come oggetto furtivo, era quistione che non poteva sorgere se non quando il giudizio del furto sarebbe andato al suo termine. Nemmeno dunque siamo nel caso d' una semplice nullità di procedimento.

6. Ma non è nell'art. 330 la sede della causa. Noi trovar dobbiamo la *denegata giustizia*, secondo la definizione che ne danno gli art. 570. 571, 572, 535 e 557 pr. civ. Questi prescrivono tassativamente le forme, secondo le quali dee instruirsene contro i magistrati l'azione. Ov'esse non sieno osservate, non possono surrogarvisi altre a capriccio; e l'azione non è ammessibile.

7. Adunque non basta che il magistrato non risponda all'instanza che gli è presentata ne' modi ordinarii: conviene che la presentazione se ne faccia in modo così solenne, ch'egli sia ben avvertito del pericolo dell' azione che può contro di lui intentarsi. L'instanza dunque, a' termini degli art. sopra citati, dee presentarsi al cancelliere per mezzo d'un usciere; e costui è tenuto, sotto pena d'interdizion dall' uffizio, di fargliene la notificazione. Nè questo solo è sufficiente. Se allora il giudice non si scuote, e non giudica quando il numero del ruolo lo chiama a giudicare, se allora il ministero pubblico 2) è pertinace a tener chiuse nella sua ufficina le carte, e non require quando l'uopo della causa il richiede, nemmeno può dirsi ancor reo di *denegata giustizia*, quante volte quella prima notificazione non sia conseguitata da una seconda, con l'intervallo almeno di tre giorni per le giustizie circondariali, e di otto pei collegi; e questa seconda dee farsi con le istesse solennità della prima; ed il cancelliere dee apporre il suo *visto* sull'originale di entrambe 3); e le due instanze e le due notificazioni debbon essere *registrate* per prendere *data certa*. Allora solo si verifica la *denegata giustizia* che dà adito all'azione civile 4), perchè soltanto allora permette la legge di presumere che il magistrato ritardi l'affare, non perchè distratto dagli altri affari della carica, ma *inimicitia vel gratia* 5).

8. Nè la corrispondenza interna tra il ministero pubblico ed i giudici per mezzo della cancelleria, può essere chiamata a censura, onde argomentarne che il ritardo sia stato abusivo. L'unica pruova che ammette la legge, è quella delle due instanze così solennemente notificate. Piacemi che la corte suprema abbia, benchè contro il mio avviso, dato agio all'attore di far conoscere questa corrispondenza, la quale ha svelato che il ritardo volontario per parte del procurator-generale è una menzogna; e così ha assicurato un più compiuto trionfo alla verità ed alla giustizia.

9. Nè la camera civile di questa corte suprema ha mai pregiudicata la fondamentale eccezione contro un'azione sì mal in-

1) E perciò io credo che non debba accogliersi la spontanea presentazione di alcuno, che non ancora prende carattere d' imputato nella causa. — V. la nostra *Pr. pen.* II, § 805.

2) Si è disputato in Francia se il ministero pubblico possa essere *preso-a-parte*. Merlin e Carrè rispondono per l'affermativa. L'argomento contrario è che il cod. di pr. civ. parla di giudici e non di pubblico ministero: argomento fondato sulla materialità della parola, e non sul senso della legge. Per noi nemmeno può ricorrersi a questa materialità, perchè i procuratori generali presso le gran-corti criminali *sono giudici di gran-corti civili*, in missione di procuratori generali del Re. Art. 191 leg. org. — V. il n. VII, pag 696.

3) Art. 1115 pr. civ.

4) Art. 571 e 572 pr. civ.

5) L. 15 § 1, D. V, 1, *De iudiciis*.

stituita 1): la stessa sua decisione che permette la notificazione dell'instanza di *presa-a-parte*, è senza motivazione. Dunque è intatta la quistione, se il fatto, qual è descritto dal ricorrente, contenga *denegata giustizia*, qual ella vien definita dalla legge.

10. Or il ricorrente non nega di aver mancato a quella doppia instanza ch'esser dovea notificata al cancelliere. Dunque per confession sua stessa non vi è *denegata giustizia*, qual ella dev'essere per dar luogo alla *presa-a-parte*.

11. Perciò domando che sia rigettata l'azione, e condannato l'attore alla multa 2).

—

X.

Giudizio del merito nella presa-a-parte per dolo.

Sezione I.

Stato della quistione

1. Signori 3), non son io dell'avviso che le accuse contra i magistrati degradino la magistratura; anzi credo necessario al loro onore, non che utile alla cosa pubblica, secondare in esse giudiziariamente la permissione ed il voto della legge. Perciocchè se l'accusa è sussistente, ella è un mezzo legittimo onde purgare la magistratura di chi veramente la degrada; se è calunniosa, dà occasione di far risplendere in un solenne giudizio una virtù, che altrimenti correrebbe pericolo di rimaner sempre da invide detrazioni oscurata. Là dove la malignità può scusarsi di non aver modo legittimo di attaccare un magistrato che pecchi contro il giusto, ella trova tanto più disposti gli animi a crederla, quanto più si suppone senza equità e prepotente la forza che la comprime. All'incontro ciascuno può maledir ciascuno per le piazze e per le case, perchè quivi non ha bisogno di testimoni, nè di alcun particolare riscontro a provare il suo detto: ma non così impunemente può esser accusato ciascuno innanzi ai collegi giudiziarii, avendo le accuse bisogno di riscontri veri e di pruove. Non ultimo indizio della corruzione o mancanza di ordini in uno stato, è l'udir da per tutto epigrammi contro i magistrati, e maledirli all'orecchio, per non poterli attaccare alla scoperta; mentre della fortezza governativa, e della coscienza pubblica di esser questi ben scelti, è documento certo la legge che tiene aperte ed ordinate le vie onde chiamarli in giudizio 4).

2. Fa dunque omaggio alla bontà della nostra legislazione, e serve all'onore della magistratura un avvocato, il quale invece di avvilirsi in segrete delazioni e susurrazioni indecenti, chiama i giudici di una causa ch'ei difende, a render giudiziariamente conto della sincerità di fede, ch'egli crede non avervi essi mostrata; nè prende in prestanza, come fanno i vili, un nome oscuro e di trista fama, per sostenere il suo detto, ma ei stesso, egli di propria mano soscrive la instanza, e a viso aperto la sostiene. Non pertanto la gloria che accompagna il coraggio civile, prende spesso una falsa apparenza, e s'illude. La instanza di cui ci occupiamo, è ella ben fondata? O non piuttosto l'amor della causa ha fatto velo al giudizio dell'uomo, altronde per civil temperanza sommamente lodato e lodevole, il quale la produce?

1) Della influenza del giudizio di ammessione sul giudizio del merito, ragioneremo più ampiamente nel n. seguente.

2) Così venne deciso.

3) Conchiusioni nella causa di *Mariantonia Camerini* ed *Achille Rainone*, 2 ottobre 1837, Celentano comm., Nicolini m. p., avv. Dom. Tartaglia per l'attrice, Gius. Marini-Serra per i convenuti.

4) Discorso sulle deche di Tito-Livio, I, 7 ed 8. — Ne' frammenti *De re publica*, de' quali ci ha arricchito, l'eminentissimo Mai, Cicerone avea prevenuto questo ragionamento del segretario fiorentino; perchè dopo aver detto, *melius a censore, quam a poeta notari*, rileva la sapienza delle leggi decemvirali contro le maldicenze sulla piazza, e gli epigrammi de' poeti, licenza sediziosa dei Greci. *Praeclare*, ei soggiunge: *iudiciis enim magistratuum, disceptationibus legitimis propositam vitam, non poetarum ingeniis, habere debemus; nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, et iudicio defendere*. Lib. IV, c 10.

3. Tre vie apre la legge, onde alterati gli umori delle parti nei combattimenti giudiziarii possano legittimamente sfogarsi; la querela penale, la ricusa, la presa-a-parte. Qui si è scelta quest' ultima. La frase *presa-a-parte* è un gallicismo: i nostri maggiori ne usavano una migliore, e di più pronta intelligenza: *si iudex litem suam fecisse dicatur*. La definizione n'è la seguente. *Iudex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit: dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes* 1). Così il giudice nella causa si mostra più *parte* che *giudice* 2).

4. Calda di questo dritto, in una causa in cui ella è parte-civile, D. *Mariantonia Camerini* ha *preso a parte* la intiera gran-corte criminale di Avellino, ed il procurator generale del Re presso di essa, per motivi di *dolo* 3). Anzi sostiene argomentarsi questo evidentemente dagli atti stessi della causa, da'quali crede che traluca chiaro il favore di quei magistrati per D. *Achille Rainone* da essa *Camerini* querelato. La camera civile di questa corte suprema le ha permesso di citare innanzi a voi tutti questi magistrati. A ciò si è adempito. Dovete pronunziare sul merito dell'azione.

5. Orribili furono i misfatti che vennero commessi in persona della *Camerini*, e in persona di tutta la sua famiglia ne'due giorni 29 e 30 di maggio 1836. La distinzione de' misfatti dell' un giorno, da quelli dell'altro, è importantissima per la causa.—Nel dì 30, quando i rei li videro scampati dal veleno, li aggredirono col ferro: molti ne ferirono, e dieci ferite toccarono a questa *Mariantonia*: il fratello di lei D. *Pasquale* fu ucciso; gli altri tutti mal conci. — Il veneficio del dì 29 se fosse rimasto isolato, sarebbe stato di compet eza ordinaria: gli assassinii del dì 30, perchè commessi con riunione armata, erano di competenza speciale.— Gli esecutori ed autori principali degli uni e dell'altro erano indicati in *Gaetano* e *Beniamino Camerini*, congiunti di quella famiglia, determinati alla strage per querele domestiche, e per avidità di raccoglierne il retaggio: eglino, fallito il veneficio, aveano associato a se pei misfatti del dì 30 *Nicola Guarente*.

6. Questi tre rei furono arrestati nel dì 25 giugno. Compiuta la istruzione delle pruove nel dì 24 novembre, il procurator-generale formò il suo atto di accusa, e richiese che fosser essi giudicati per tutti i misfatti col rito speciale. La gran-corte nel dì 26 dello stesso novembre fece dritto alla sua dimanda.

7. Intanto alcuni testimoni presentavano degl'indizii d'intelligenza e di complicità con questi rei contro D. *Achille Rainone*. Il procurator-generale e la gran-corte credettero ben assodate le pruove della complicità di costui pel tentato o mancato veneficio del dì 29 maggio; mal sufficienti però per gli assassinii del dì 30. *Hinc nobis prima mali labes*. Così nello stesso dì 24 novembre il procurator-generale segnò un'accusa a parte contra di lui, ritenendolo reo per allora di complicità nel solo veneficio. Questo misfatto però non era di competenza speciale (§ 5). *Rainone* era un complice di rei giudicabili col rito speciale, ma non era fin allora ben provato che lo fosse ne'loro misfatti speciali. Essendo ciò vero, non potea sottostare alle forme più rigide ed abbreviate di un procedimento straordinario. Si richiese dunque e si decise, che fosse giudicato separatamente col rito ordinario pel misfatto del dì 29 4), ed intanto fu messo in istato di *libertà provvisoria* pei misfatti del dì 30.

8. In questa disgiunzione di causa trova la ricorrente *Mariantonia*, che *iudex dolo malo in fraudem legis sententiam dixit*. E per dimostrare che *evidens arguatur eius gratia* a favore di *Rainone*, si avvale di sette argomenti.

I; Le pruove, ella dice, della complicità di *Rainone* negli assassinii del dì 30 sono più forti, o almeno pari alle pruove della sua complicità nell'avvelenamento:

II, Il procurator-generale tolse volon-

1) L. 15, § 1, D. V. 1, *De iudicis*.

2) Da ciò la frase francese, *prise-a-partie*, quasi voglia dimostrarsi con essa, che il magistrato nella causa sia *parte*, e non *giudice*.

3) Se si pretenda che nel corso della istituzione, o nell' atto della sentenza sia intervenuto dolo, frode, o concussione. Art. 566 pr. civ.

4) Art. 427 pr. pen.

tariamente alla gran-corte il mezzo onde conoscere ciò che vi era di verità nel processo, col presentare mutilati i fatti dell'accusa, e monche le note de' testimoni:

III, La gran-corte con ostinata pervicacia non volle vedere il vero, perchè costantemente rigettò ogni altra dimanda della parte civile, intesa a chiarirlo:

IV, Tra queste dimande rigettate, merita, di essere principalmente osservato il rigettamento degli ultimi fogli de' lumi:

V, La parte-civile ad ognuno di questi rifiuti produsse ricorso per annullamento: la gran-corte ritenne questi ricorsi formali, come semplici proteste, e con manifesto eccesso di potere usurpò la giurisdizione della corte suprema di giustizia, giudicandoli per allora irricevibile: *in questo modo*, sono parole della instanza, *non solo si viola la legge, ma con dolo s'impedisce la conoscenza del vero*:

VI, La gran-corte l'impedì ancora più, quando a tutti i testimoni spergiuri fece sì buon viso, che li sottopose appena a mandato:

VII, Nè questo mandato fu mantenuto: ella li abilitò subito a tornare in patria, e ciò senza giurisdizione, e formando collegio di un numero di giudici minore di quello che prescrive la legge.

Discutiamo a parte a parte, e con quella cura ch'esige l'importanza della causa, tutti i sette motivi.

Sezione II.

Discussione del merito de' motivi dell'azione.

9. Volendo guardare quest'azione nella sua origine, debbe in primo luogo osservarsi per fatto, che *Rainone* non è stato assoluto per la pretesa sua complicità ne'fatti del dì 30: egli in tanto non ne venne accusato, in quanto che si credettero insufficienti le pruove; ma non cessa di esserne ancora imputato. Se quei fogli di lumi, del cui rigettamento la instante si duole, produrranno effetto fra due anni può ben riassumersi il giudizio, e *Rainone* da semplicemente imputato, potrà diventare accusato, ed anche condannato: la decisione di *libertà provvisoria* per questa complicità, del dì 30, come dice la stessa voce, è una interlocuzione temporanea e provvisionale, non una definitiva. Il danno che D. *Mariantonia* ne teme, non è puranco avvenuto. Ella non soffre nemmen quello dell' anticipazion delle spese, perchè si è constituita partecivile con certificato d'indigenza. La gran-corte ha accolto questo certificato, ed ha ordinato che tutte le spese della causa sieno anticipate dalla real tesoreria.

10. Or cosa è mai una *presa-a-parte?* Il titolo stesso delle leggi di procedura civile che ne tratta, ce'l dice: *Dell'azion civile contro i giudici*, o *sia presa-a-parte*. L'art. 136 della leg. org. sopprime il barbarismo *presa-a-parte* (§ 3), e ritiene la sola frase *azione civile*. E qual può essere l'azion civile contra un giudice per effetto di sentenza da lui pronunziata con dolo? Non altra che quella, la quale nasce dal danno dalla sentenza prodotto. Giustiniano, onde imprimer meglio questa idea nell' animo de'litiganti, perchè non uscissero intempestivamente a frastornare con le loro querele i giudizii pendenti, tre volte ripetette la sentenza di Caio, registrata nel libro 3 delle *cose quotidiane*, o sia del suo *manuale per gli uomini del foro*: e questa sentenza è di tutt'i suoi ricordi di uso giornaliero il più importante, il più proprio a frenare le troppo vive passioni de'litiganti, e di chi difendendole le fa sue. Se il giudice, egli dice, abbia mai fatta sua la lite, *non proprie ex maleficio obligatus videtur;* perciocchè se fosse obbligato *ex maleficio*, non con l'azion civile in principale ci dovrebbe esser perseguitato, ma con la penale *de falso*, *de repetundis*, *de vi publica*, *de peculatu*, *de residuis*, *de ambitu:* l'azion civile in questo caso non sarebbe che *pedissequa* e come conseguenza dell'azion penale, e questa sarebbe l'azion principale. *Sed quia*, prosegue il giureconsulto, *neque ex contractu obligatus, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam* (per cui nella presa-a-parte credono gli scrittori che il *dolo* non sia altro che la colpa lata), *ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*. Questa sentenza vien riportata la prima volta da Giustiniano nelle *instituzioni*, IV,

5. al principio *de obbligat. quae quasi ex delicto nascuntur*: la seconda volta nella legge 5 § 4, D. XLIV, 7, *de obligat. et actionibus*; la terza volta nella legge 6. D. L, 13, *de extraordinariis cognitionibus*, *et si iudex litem suam fecisse dicatur*.

11. *Quasi ex maleficio teneri*, è per l'appunto la nostra azione per l'articolo 1336 delle nostre leggi civili sotto il titolo *de' quasi-delitti*. Non è ancora reato quello del giudice, ma è una colpa, un peccato, *utique peccasse intelligitur*; ed *ogni fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto*, *a risarcire il danno* 1). È una responsabilità, talvolta anche del fatto altrui, come avviene ne' padri, come avviene ne' padroni, come avviene ne' maestri e negl'intraprenditori. Ma si può egli essere mai responsabile di un danno che si teme? Il danno dev'essere stato prodotto, e perciò si dà l'azione *in factum*, azione di senso latissimo, ma che vuole il fatto avvenuto ed il danno per fondamento. Ecco perchè il fine di quest'azione non è altro che *sustinere poenam in quantum de ea re aequum religioni indicantis visum fuerit*. E *poenam* qui non è pena corporale, ma quella che nasce da *azion penaria* o penale, secondo l'antico linguaggio de' giureconsulti, per operazioni, le quali dedotte ne' giudizii civili davan luogo a ristoro di danni 2). Di fatti Ulpiano traduce quella frase di Caio con le parole, *ut veram extimationem litis praestare cogantur* 3); e Costantino nel far uso della parola *vindicta*, sinonimo spesso di *pena*, non mette a calcolo, che *aestimationem dispendii*, *et litis discrimen* 4). Merlin, Carrè, Toullier e gli altri autori del nuovo dritto, non si dipartono da queste antiche definizioni.

12. Or io domando: perchè non conchiude D.ª *Mariantonia* per lo ristoro delle spese che ha sofferte per colpa dei giudici? perchè non parla del danno cagionatole da questo pericolo giudiziario? perchè non disegna il valor vero della sua lite, del quale una parte le sia stata defraudata per colpa dei giudici? Ella stessa ci dice, che finora non ha sofferto alcun dispendio, nè la sua domanda dei danni-interessi contro *Rainone* è stata giudicata. Dice bensì che il fine della sua *presa-a-parte*, è quello di allontanare quei giudici dalla sua causa. Ma la legge le ne dava la via con la ricusazione. La ricusazione è intesa a toglier dalla causa il giudice di cui si teme *inimicitia vel gratia*. Quindi il danno temuto è l'oggetto di questo rimedio; il danno avvenuto è l'oggetto dell'altro. Quel rimedio è inutile dopo il giudizio: questo è intempestivo prima di una sentenza, che produca o apparecchi un pregiudizio irreparabile. Gli esempii di qualche autore per *presa-a-parte* instituita nel corso del giudizio, riguardano sempre chi ha sofferto un danno per qualche provvisionale o interlocutoria, come sarebbe un arresto personale, o uno spodestamento illegale di proprietà. Confondere i due rimedii non si può, perchè diverso è il fine a cui tendono, diversi ne sono i motivi, diversa la giurisdizione, diverse le forme, diversi gli effetti.

13. Se non che l'avvocato della ricorrente sostiene, che questo non sarebbe che un *fine di non ricevere*, un mezzo cioè per dichiarare *inammessibile allo stato* la sua azione; e che ciò non può più pretendersi dopo che l'altra camera di questa corte suprema l'ha *ammessa* con l'arresto del 5 settembre 1837 (§ 4). Ma la frase, *ammettere un ricorso*, è di senso sì ampio, che ogni qualunque volta ella viene impiegata, la significazione dev'esserne determinata da ciò che con l'azione stessa si chiede 5). Cosa si chiedeva nell'altra camera? Non altro che la

1) Parole dell'art. 1336 ll. cc.

2) L. 58, 108 § 3, 155, 164, *De reg. iuris*.

3) L. 15, § 1, D. V, 1, *De iudiciis*.

4) L. 2, C. VII, 49, *De poena iudicis qui male iudicarit*.

5) La legge, checchè si dica da altri, non fa distinzione alcuna tra *ammessione* e *ricevibilità* (V. la nota 2 alla pag. 514. *Quist. di dritto*). Sono voci di genere, la di cui significazione è poi determinata da ciò che si ammette e si riceve. Si presenta p. e. un'appellazione o un ricorso per annullamento? La quistione di ammessibilità è relativa alla persona, o al tempo o alla forma, ed è decisa quando si dice, è *ammessibile*. Nel giudizio del merito non può più ritornarsi su queste quistioni decise. Nel caso attuale l'*ammessione* non è che pel permesso di discutere *partibus auditis*, se l'azione sia ammessibile per le altre condizioni che vi si richieggono e che non sono state giudicate. — V. il § 9 del n. preced.

permissione di citare i magistrati presi a parte. L'art. 578 procedura civile, nel quale trascorse la frase, *se il ricorso è ammesso*, è relativo all'art. 574 così concepito: *Non sarà permesso alcun richiamo contro i giudici, senza che preceda una permissione accordata dal tribunale che dee deciderne.* È per l'appunto ciò che i nostri antichi dicevano, *impetratio post editam actionem* 1). Si è tolta l'*impetrazione* in tutti gli altri giudizii 2): in questi soli la necessità n'è rimasta 3). Se fa d'uopo, dice un autor grave 4), che le parti abbiano la sicurezza di ottenere giustizia anche contro i proprii giudici, l'ordine pubblico esige che i ministri della giustizia non diventino il giuoco di passioni incomposte, sino al punto di dover discendere a grado altrui dal lor seggio di onore per giustificare la propria condotta. Io sostenni nell'altra camera che per se stesso era sì mal fondato questo richiamo, che nè i caratteri, nè gli argomenti del dolo conteneva. Ma la maggioranza decise, non già che questi caratteri e questi argomenti vi esistevano, ma che asserendovisi il *dolo* de' giudici, questo era un motivo contenuto nell'articolo 569 pr. civ., ed accordò la sola permission di citare, affinchè ogni eccezione e difesa si fosse discussa nel giudizio del merito. Nè potea questa *impetrazione*, o sia *permission di citare*, offendere in alcun modo il dritto della parte non per anco intesa: *res inter alios iudicatae, neque emolumentum afferre his qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare: neque enim indicta causa quemquam damnari, aequitatis ratio patitur* 5). Noi non più richiamiamo in disamina, se i giudici debbano esser citati; ma sosteniamo che intatte e non pregiudicate sono rimaste ad essi *integrae defensiones* 6).

14. Ed essi le han spiegate con semplicità e buona fede. Il loro valoroso avvocato vi ha presentato un volume di documenti, de' quali con l'assidua diligenza e con l'acume che suole, vi ha fatto una analisi accurata. Con ugual valore l'avvocato della ricorrente vi ha risposto. Tutti gli atti son qui: la causa è pienamente instruita: l'una e l'altra parte dichiara non aver altre pruove da esibire. Dovete dunque giudicare del merito del ricorso, tanto per la pertinenza e sufficienza de' suoi motivi, quanto per la indole ingenita e per la natura dell'azione, e per le circostanze nelle quali è promossa.

15. Or il primo anello, anzi l'unico al quale ella si attiene, è la pretesa illegalità di aver scissa la causa di *Rainone* da quella degli altri accusati. Esaminato questo fatto, l'importanza degli altri è discussa: essi non ne sono che la conseguenza.

16. Arrestati *Gaetano* e *Beniamino Camerini* nel dì 25 giugno (§ 5 e 6), si seppe che non sì tosto essi avevano funestata ne' dì 29 e 30 maggio con sì inuditi misfatti la patria, si erano rifuggiti in Napoli, trattando co' due fratelli, loro compaesani, *Fortunato* e *Giovanni Carrera*. Costoro vennero assegnati innanzi al giudice instruttore di Avellino; e *Fortunato* nel dì 27 luglio svelò, ch'egli ed il germano abitavano in Napoli in una casa di D. *Achille Rainone*; che quivi ne' primi giorni di giugno vennero a trovarlo *Gaetano* e *Beniamino Camerini* per farsi indicare la casa d'un medico, cui *Rainone* li dirigeva con una lettera; ch'egli la indicò loro; che poscia incontrò entrambi nella strada del campo, ove entrato in discorso con essi su' motivi del loro allontanamento dalla patria, ne seppe aver già essi *deciso di distruggere la intera famiglia di D. Luigi Camerini lor congiunto persuasi succedere di dritto alla eredità della famiglia stessa; ed esservisi decisi specialmente per le incitazioni che lor venivano fatte da D. Achille Rainone, dal perchè era in disgusto col D. Pasquale Camerini figlio di D. Luigi per controversie surte fra essi per confini di territorii, ed erano giunti fin dallo scorso anno a vie di fatto; e per agevolare la esecuzione, avea lor somministrato il veleno in una carta a guisa di sale.*

1) CUIACIUS, comm. ad codicem, in l. 3, *De edendo*. Ediz. nap. tom. IX, col. 10 e 110.

2) L. 2, C. II, 58, *De formulis et impetrationibus sublatis.* — Art. 198 l. org. — Art. 101 e segg. pr. civ.

3) BIGOT-PREAMENEU, Esposizione de' motivi del lib. V pr. civ.

4) SAVOYE DE ROLLIN.

5) L. 2, C. VII, 56, *Quibus res iudic. non nocet.* — L. 1, D. XLVIII, 17, *De requir. vel abs damnantis.*

6) L. 2 e 4, C. VIII, 36, *De exceptionibus.*

17. E qui proseguiva *Carrera* a narrare, che i due descrissero minutamente e per solo diletto tutte le perfidie del dì 29 maggio, e particolareggiandone minutamente i modi, gli numerarono le persone destinate a morir di veleno, nella stessa guisa come ciò era risultato dalla instruzione; anzi dando quasi a disegno un legame a' fatti nella instruzione dichiarati, secondo il bisogno che questi potevano averne, soggiunse aver detto coloro, che vedendo mal riuscito sì fatto conato, si rivolsero subito alla violenza ed al ferro; che assunsero in compagnia *Guarente*, e che tutti e tre armati di baionetta e di stile s'introdussero nel dì seguente in casa di *Luigi Camerini*, si chiusero dietro il portone, onde niuno ne scampasse, e cominciarono ad eseguire la strage. In questa parte della dichiarazione di *Fortunato Carrera* si parla pure di *Rainone*, ma ne' termini seguenti: *Che perciò, concertarono* (cioè essi tre, *Gaetano* e *Beniamino Camerini* e *Guarente*) *ricorrere alle armi, stimolati a ciò fare dallo stesso D. Achille Rainone, onde sottrarsi alla miseria in cui erano.*

18. *Giovanni Carrera* non era presente a questa confessione stragiudiziale de'due, ma depone, concordemente al fratello, la venuta di essi nella loro abitazione, e tutt'i fatti, la di cui conoscenza doveva esser comune al fratello ed a lui. Le dichiarazioni del medico e di altri testimoni non lasciano dubbio l'interesse che *Rainone* avea preso perchè *Gaetano* e *Beniamino Camerini* avessero un asilo. Nè lievi sono gl'indizii, da' quali appare, ch'ei li avesse forniti di scorta e di qualche danaro. — Da tutto ciò risulta che contra *Rainone*, non indicato mai da alcuno fino al dì 27 luglio (§ 16), da quel giorno in poi si elevarono nella instruzione scritta tre indizii: briga precedente intorno a confini di fondi con *Pasquale Camerini*; aiuto prestato alla fuga di due de' rei; confessione stragiudiziale di costoro deposta da *Fortunato Carrera*.

19. Or in una gran-corte criminale può ben trovarsi chi creda affettata ed inverosimile quella sì minuta e senza oggetto, confessione stragiudiziale, e più inverosimile il passeggio tranquillo e per sola vaghezza di divertirsi, sulla strada dal campo, fatto da chi teneva ancora contaminate le mani di veleni e di sangue, e che avea cercato fino allora di nascondersi per vie inaccesse agli occhi di tutti; e perciò nell'estimar queste pruove può non mancare un giudice, il quale creda questa briga di *Rainone* con un giovine figlio di famiglia, causale molto lieve ed inefficace in un uomo non avvezzo ai reati nè al sangue, per far uccidere prima col veleno, e poi col ferro, il padre di quel giovine, e le sorelle, e i domestici e tutta la famiglia: la causale di questi misfatti è tutta ne' due *Camerini* che ne furono gli esecutori. Lo stesso giudice avrebbe potuto spiegar l'aiuto prestato alla fuga, col solo senso, fosse inopportuno, di pietà, ed anche di compiacenza malnata in vedere spento quel *Pasquale* con cui avvenne quella briga di confinazione. In fine data anche per vera la confessione stragiudiziale, avrebbe potuto sembrar questa, in chi è convinto con tanta evidenza, quali sono i due *Camerini*, un reo desiderio di astringere un uomo più potente alla difesa comune: *communione criminis, consortium personae superioris optans, eripi se posse confidens studio nominati* 1). Potea ben dunque un procurator-generale ed una gran-corte credere non bene assodata la pruova della complicità di *Rainone* sì nei fatti del dì 29, e sì ne' fatti del dì 30, pronunziarsene la libertà provvisoria, e spedir la causa pei rei principali 2). La legge esige per un'accusa *indizii sufficienti*, e la sufficienza degl'indizii *nullo certo modo satis definiri potest: ex sententia animi sui iudex aestimare oportet quid aut credat, aut parum probatum sibi opinetur* 3). Se dunque un giudice, secondo la sua coscienza, avesse così estimate le pruove risultanti dalla instruzione, non sarebbe censurabile.

20. Un altro giudice però d'indole più severa e di men benigna coscienza, avrebbe potuto credere essere quei tre indizii (§ 18) sufficienti all'accusa, salvo a vederne definitivamente la sussistenza e il legame nella pubblica discussione. Se non

1) L. 17, C. IX, 2, *De accus et inscriptionibus.*
2) Art. 138 e 149 pr. pen.

3) L. 3, § 2, D. XXII, 5, *De testibus.*

che per l' avvelenamento avrebbe trovato nella confessione stragiudiziale de'rei principali il concerto di avvelenare fatto con *Rainone*, ed il veleno da *Rainone* apprestato. Se fossero veri questi due fatti, egli sarebbe colpevole del misfatto del dì 29 ai termini del n 3 dell'art. 74 delle leggi penali. Per contrario nel fatto del dì 30, stando strettamente alle parole della confessione stragiudiziale, il concerto si fa tra *Gaetano* e *Beniamino Camerini* e *Guarente* , e contra *Rainone* si dice soltanto, ch'essi vennero *stimolati* da lui (§ 17). Ma stimolaro senza commissione o mandato ; stimolare senza aggiugnervi doni , promesse , minacce , abuso di autorità o di potere, macchinazioni , o artifizii colpevoli ; stimolare senza procurar armi , instrumenti o altri mezzi che servono all'azione ; stimolare senza facilitare, o assistere presentemente gli autori del fatto criminoso , non trova nelle nostre leggi luogo fra i casi di complicità. Il diritto Romano , assai imperfetto in ordine alla complicità, ora la esclude in caso di nuda istigazione e di semplice consiglio, ora la ritiene secondo le circostanze 1). La nostra legge la esclude sempre , quando la istigazione ed il consiglio non degenerano in commessione o mandato, o in facilitazione o preparazione di mezzi. Se dunque un giudice avesse creduto *Rainone* accusabile di complicità pel fatto solo del dì 29, e non pel fatto del dì 30, avrebbe seguita, non violata la legge.

21. Avrebbe però potuto esservi un terzo giudice, il quale guardando l'aiuto posteriore dato agli autori de' due misfatti, ed il concerto e la somministrazione dei mezzi dati a commettere il primo, avesse per presunzione esteso il concerto di *Rainone*, e quasi la commessione, anche al secondo: presunzione certamente assai ardita, specialmente quando la causa prossima del reato, che fu quella d'impadronirsi della eredità degli uccisi, non lo risguardava affatto. Ma trattandosi di sufficienza di pruove , non per la condanna , ma per l'accusa, e per un giudizio di sottoposizione dell'accusa 2), per poi giudicarne dietro piena difesa ed in pubblica discussione, se un giudice avesse così opinato , sarebbe giudice di troppo aspra sentenza, ma niuna legge verrebbe offesa da lui : la estimazione de' fatti è rimessa intieramente alla sua coscienza.

22. Adunque delle tre sentenze alle quali poteva attenersi il magistrato nel giudizio di sottoposizione all'accusa in questa causa, in niuna egli sarebbe censurabile, purchè egli avesse espresso senza passione per alcuna delle parti, ciò ch'egli ne sentiva, secondo l'impressione che i fatti e le pruove facevano nel suo animo: *quod naturae negotii convenit ex motu animi sui, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret* 3). Dunque la sola scelta fatta dal giudice dell'una più che dell'altra sentenza , non può essere argomento di parzialità o di favore: anzi dee presumersi che così e non altrimenti egli abbia estimato il fatto *ex animi sui sententia*. Non è il caso in cui sia *factum ipsum pro dolo :* chi fa uso di una facoltà che gli dà la legge, nulla fa in frode della legge : *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* 4). E si avverta che questa regola è di Gaio, cioè a dire di quel giureconsulto che fissa i principii della presa-a-parte per motivo di dolo (§ 10).

23. Or il procurator-generale e la gran-corte di Avellino credettero forse troppo rilasciata la prima sentenza. Non caddero poi nell' ultima, perchè veramente la scienza cooperativa del complice nel reato dev'essere precisa e particolare al reato di cui si tratta; e corrervi di presunzione in presunzione sarebbe stato un sorite o sia un sillogismo accervale, più che un sillogismo vero. Ma de' soriti sappiamo già quel che dissero Ulpiano e Giuliano 5). *Omnia quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt* 6).*Prudentissime igitur*, per servirmi delle parole di Paolo, *mediocritatem quamdam secuti sunt* 7); e *Raino-*

1) V. Anton. Matthei, *De criminibus*, Prol. cap. 1 § 9. — V. il nostro trattato *della complicità*, nel n. XXII, pag. 612 di queste *Quistioni di dritto*.
2) V. il n. VIII, § 13 e 22, pag. 704-705.
3) L. 21, § 3, D. XXII, 5, *De testibus*.
4) L. 55, *De regulis iuris*.
5) L. 177, *De verb. sign.* — L. 65 *De reg. iuris*. — V. nella nostra *Proc. pen.*, I, 374, II, § 237, III, § 916.
6) L. 76, *De reg. iuris*.
7) L. 3, D. V, 4, *Si pars hereditatis petatur*.
Virtus est medium vitiorum, et utrinque (reductum.
Hor. Epist. I, 18, v. 9.

ne fu accusato di complicità, ai termini dell'articolo 74 delle ll. penali, solo avvelenamento, o sia ne'misfatti del giorno 29.

24. L'avvocato dell'attrice, uomo al certo non leggiero di mente, e che io per lungo uso sono avvezzo a stimare assaissimo, trova sì chiaro che il procurator-generale e la gran-corte non avessero altro da sciegliere, fuor che il terzo partito, ch'ei crede un manifesto contraffacimento alla legge l'averne scelto un altro. Ma temo forte, che in dir ciò egli paghi un tributo alla condizione comune della umanità, e che lo zelo della causa gli faccia veder chiaro quel che chiaro non è. Certo è che chi nol vede chiaro come egli lo vede (e tra costoro che sì chiaro non vedon, son io) non è per questo solo ch'egli agisca con dolo. Il dolo, dice il nostro Gioia, è creare false apparenze, acciò nell'altrui animo sorga la persuasione della non esistente realtà della cosa: *aliud agitur, aliud simulatur*. Si tratta di una estimazione di fatto. Converrebbe dimostrare che in realtà ella era sentita nel fondo dell'animo di quei giudici nel modo rigidissimo, e direi pure incomportabile col fatto, come l'attrice la sente, e che essi l'abbiano rivestita poi di false apparenze per simulare in carta ciò ch'essi non sentivano in cuore. Ch'essi dovessero sentire com'ella sente, non credo che il difensore di lei voglia assumerlo; egli il quale è sì lunge dalla maniera oltracotata e superba di coloro i quali credono il pensier proprio misura infallibile di quello degli altri: dire che così volea la legge, nol può perchè *quaestio facti, in arbitrio est iudicantis* 1); di corruzione non vi è tampoco il sospetto, e l'avvocato della ricorrente ha scritto e ripetuto che nè egli, nè la sua cliente può sospettarlo. Niun giudice all'incontro fra quei che si son presi a parte, è stato mai socio o compagno, o anche semplice conoscente di cotesto *Rainone*. Quando dunque non ci si dà altra pruova del dolo del procurator-generale, nè di quello de'giudici, fuor che ripetere, *essi scrissero quel che non sentirono, perchè non sentirono quello che scrissero*, si cade in una petizion di principio, che svela tutta la fallacia e la falsa origine del ragionamento, la preoccupazione cioè d'un sistema di difesa, troppo sollecitamente conceputo, e troppo tenacemente vagheggiato.

25. Ed ecco perchè la ricorrente nel suo secondo libello, quello che chiamò prima *dolo* per favorir l'accusato, chiama *errore di mente* nel valutare le pruove. E questo *errore*, secondo ch'ella assume, è diventato poi *dolo* per gli atti posteriori, quando già la corte illuminata da lei dell'*errore*, vi si tenne pervicacemente ostinata. Io però quel fatto della gran-corte continuerò a chiamare secondo lo chiama la legge, *estimazione di fatto secondo la propria coscienza*, e non *errore*, e secondo la logica, estimazione ragionevole, e forse unica, perchè la mezzana fra le due estreme (§ 23). E due de'giudici nella sottoposizione all'accusa abbracciaron la prima: perciocchè l'accusa pel veneficio non fu approvata che da tre soli de'cinque giudici che vi decisero. Or se l'accusato fosse venuto innanzi a voi ad accusar di *dolo* il procurator-generale e quei tre giudici per averlo sottoposto a giudizio di complicità nel veneficio, mentre potevano, come avevan fatto quegli altri due, accordargli anche per questo la libertà provvisoria, non sarebbe stato egli un temerario, per non dir cosa più grave? E pure avea per se il giudizio di due. Or perchè nè il procurator generale, nè alcuno de'cinque ha creduto che *Rainone* fosse accusabile dell'omicidio consumato a colpi di pugnale, secondo la terza e più rigorosa fra le sentenze possibili (§ 21), si accoglierà l'accusa di dolo o di errore de'giudici per parte del querelante? *Non debet actori licere, quod reo non permittitur* 2).

26. Discendiamo intanto agli atti successivi. *Rainone* era in prigione dal dì 9 di agosto: il mandato di arresto fu spedito immediatamente dopo la dichiarazione di *Carrera*. Nel dì 26 novembre era stato sottoposto ad accusa per complicità nel solo avvelenamento da giudicarsi con la giurisdizione ordinaria (§ 7). Abbiam veduto *Beniamino* e *Gaetano Camerini* nello stesso dì soggettati alla competenza speciale. In questi casi non è necessità di legge, ma prudenza ordina-

1) L. 1, § 4, D. XLVIII, 16, *Ad s.c. turpillianum.*

2) L. 41, *De reg. iuris.*

ria ne'giudizii, il fare andar del paro il giudizio per gli autori principali, e pei complici, così di quelli che debbono essere giudicati in via ordinaria, come di quelli che debbon esserlo col rito speciale, perchè le spese non si moltiplicano inutilmente, e perchè le gran-corti non frammettano un lungo intervallo di tempo tra l'uno e l'altro giudizio. Qui però i rei di competenza speciale produssero ricorso alla corte suprema. *Rainone* si acchetò alla sua decisione di sottoposizione all'accusa con rito ordinario. Così i termini per lui furon dati, ma non affrettati, ad onta delle sue continue domande di essere disbrigato in giustizia.

27. Allora nel dì 7 gennaio del corrente 1837 il querelante produsse un nuovo foglio di lumi, inteso a dimostrare più pienamente la complicità di *Rainone* nei fatti sanguinosi del 30 maggio. L'art. 209. pr. pen. dà *facoltà*, ma non *obbligo* alla gran-corte di riunir nuove pruove in pendenza de'termini dopo l'accusa. Ma il procurator-generale e la gran-corte spiegarono questa facoltà, facendo diritto alla domanda del querelante. Ciò mostra evidentemente ch'ella non agiva per favorire il colpevole, ma che voleva esser chiarita con precisione sulle circostanze che a costui si apponevano. Ecco dunque un'ampliazione di processo, eseguita poi dal commessario della causa, ampliazione che durò fino a'28 di aprile. Dell'uso di questa facoltà che ritenne in carcere l'accusato, incerto di sua sorte per altri quattro mesi dopo l'accusa, potea dolersi costui, non la querelante.

28. L'ampliazione però non corrispose a' voti della querelante. Intanto il ricorso prodotto dai rei *Camerini* e *Guarente* era stato dalla corte suprema rigettato; ma la gran-corte di Avellino nulla ne conosceva: il vostro arresto non le giunse che in giugno. La misura di prudenza e di economia che fa correre a paro, e ne'giorni medesimi, due giudizii, l'uno in corte ordinaria, l'altro in corte speciale (§ 26), dee cedere alla necessità ed alla giustizia. Quando era finita l'ampliazione del processo, atto per se medesimo già troppo pregiudizievole all'accusato, non vi era più ragione onde sospendere il giudizio. Fu dunque forza il procedervi innanzi.

29. Se l'ampliazione non avea presentata alcuna novella pruova per la complicità di *Rainone* nel fatto del dì 30, non vi era certo ragione di mutare avviso nella estimazione de'fatti della causa. *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam* 1). La gran-corte dunque nulla cangiò del giudizio di sottoposizione all'accusa del dì 26 novembre (§ 7), ed ordinò solamente la rinnovazione de' termini.

30. Impartito nuovamente il termine di cinque giorni, la querelante D. *Mariantonia*, ed il padre, nel dì 2 maggio presentarono nuovamente un'altro foglio di lumi. Qui cominciano le loro improntitudini, che finirono poi con l'azione civile contra i giudici.

31. Se sospendere i termini ed il corso del giudizio dopo l'accusa per ascoltar nuovi testimoni ed unir nuove pruove, è una facoltà di cui si deve con molta circospezione far uso (§ 27), sarebbe veramente contrario alla umanità, non che alla giustizia, il sospendere i termini una seconda volta per un secondo foglio di lumi, che si dà dopo un primo, il quale per la sua vanità (§ 28) fu più un mezzo di prolungare il giudizio, che uso legale di un dritto. Dovea dunque la gran-corte rigettarlo, e lo rigettò. La riprenderci di debolezza e di favore per i querelanti, o di stolta ferocia, se avesse fatto altrimenti. *Rainone* esclamava con diritto dal fondo della sua prigione, che era pur tempo di giudicarlo.

32. Trascorso il termine de' cinque giorni, si aprì quello delle ventiquattro ore. Niuno degli offesi si era costituito fino allora parte-civile. Si costituì tale nel dì 14 maggio *Mariantonia Camerini*. Ella esibì la sua nota di testimoni, con certificato di povertà per non anticipare le spese, sola ragione per cui ella, e non il padre, si costituì parte-civile. Questo certificato fu ammesso (§ 9), ed i testimoni citati a spese del tesoro. Nel dì 18 erano trascorsi tutt'i termini: l'arresto della corte suprema per gli altri rei di competenza speciale, non giungeva ancora. La causa di *Rainone* era in istato di essere decisa.

1) L. 74 e 75, *De reg. iuris.*

33. Allora in nome della parte civile si chiede di nuovo la riunione delle due cause per la complicità di *Rainone* anche nel fatto del dì 30. La gran-corte osservò non esser più tempo, e statuì nuovamente la libertà provvisoria di *Rainone* pel secondo misfatto. Questa decisione rendeva le altre pruove, che si sarebbero forse acquistate fra il biennio, sempre più utili a rimenarlo in giudizio. Ma la parte civile produsse allora ricorso avverso la decisione di sottoposizione all'accusa del 26 novembre (§ 7), e ricorso avverso la decisione che rigettava il secondo suo foglio di lumi (§ 31), e ricorso avverso le deliberazioni relative al procedimento, e domandò la sospensione del giudizio ed il rinvio degli atti alla corte suprema. La gran-corte tenne tanti ricorsi come proteste ed ai termini degli articoli 212 e 305 della proc. penale, continuò il procedimento. Battaglia fu questa animatissima e incomposta, più che tranquillo giudizio. Nè contenta a ciò la parte-civile, ne ricorse al ministro segr. di stato di grazia e giustizia, il quale ne chiese subito conto al procurator-generale che gli fè rapporto di tutto. Ma il ministero nel dì 20 maggio rescrisse a lui di *aver letto il rapporto*, nè fece osservazione alcuna, lasciando in tal modo libero il corso al giudizio.

34. Così finalmente fu aperto il dibattimento nel dì 26 maggio, cinque mesi dopo l'accusa (§ 6). Quest'apertura avrebbe potuto dirsi una vera tempesta, se ciò che la turbò, non avesse carattere piuttosto di conati impotenti e di grida e di sforzi già abbattuti e giudicati. I ricorsi si riprodussero, si riprodussero le dimande di sospensione, si riprodusse la pretesa evidenza dell'accusabilità di *Rainone* per la reità degli assassinii del dì 30. E tutto fu tenuto di nuovo in luogo di protesta, o di lumi ed istanze per le novelle pruove fra i due anni. Costante la gran-corte in un proposito garentito dalla legge, proseguì la pubblica discussione ne' dì 27 e 29 di maggio.

35. Ma le accuse di deferenza si dirigevan sempre più alto. Il processo fu richlamato; il dibattimento sospeso. Nel dì 8 giugno perveniva alla gran-corte l'arresto della corte suprema, che avea rigettato il ricorso de' due rei *Camerini* (§ 26 e 32): nel dì 12 agosto le era dal ministro restituito il processo, ma semplicemente, e senza precetto o consiglio: ella già ripigliava la pubblica discussione.

36. Allora fu che nel dì 27 agosto la stessa querelante spiegò innanzi alla corte suprema la sua azion civile, ossia *presa-a-parte* contro la intera gran-corte, e contro il procurator-generale presso di essa, per *dolo* e *frode* risultanti dagli atti a favor di *Rainone*. Se valessero per dimostrazione di *dolo* e *frode* de' giudici le proteste vane, le dimande giudicate e poi ripetute onde ottenerne ripetute repulse, e le insistenze pertinaci, e le aspre parole, niuna causa ne avrebbe più piena e moltiplice di questa. Tutto ciò è raccolto nel *primo motivo:* questo è l'anello a cui si legano tutti gli altri, intesi a dimostrar quell'assunto. Ma di esso ho già ragionato abbastanza (§ 8, § 15 e segg.). Dov'è che in qualche decisione o atto del procedimento siasi scritto o detto diversamente da quel che si sentiva (§ 24)? Dov'è che possa trovarsi negligenza volontaria, supina inavvertenza, inosservanza capricciosa di rito, che costituisca quella *colpa lata* che può agguagliarsi al *dolo* (§ 10 ed 11)?

37. Il *secondo motivo* (§ 8) non vale il prezzo di parlarne, quando è dimostrato, che l'aver estimato i fatti dell'accusa in un modo più che in un altro, non contiene per sè colpa nè dolo. L'aver soppresso nell'accusa stessa quella parte di confession. stragiudiziale che può riguardare la complicità del giorno 30 (§ 17), è una conseguenza del convincimento che la tenne per inutile nella causa contra *Rainone:* ella potrà esser utile quando pruove novelle avranno determinato con tal precisione i caratteri della instigazione al misfatto del dì 30, che facciano entrar questa in uno de' numeri dell'articolo 74 delle leggi penali (§ 20). L'aver poi regolata la nota de' testimoni secondo i fatti che l'accusa presenta, e non oltre, è un'altra conseguenza dell'accusa; anzi era un dovere, onde non intorbidare il giudizio attuale con discussioni estranee sopra oggetti non compresi nell'accusa, e non dispendiar vanamente la real tesoreria: oltre a che alla parte-civile si è fatta abilità di far esaminare in dibattimento quanti testimoni ha voluto.

38. Ugualmente il non discendere a nuo-

va ampliazione di pruove dopo la prima (§ 31), come il rigettare le dimande iterate della riunione della causa (§ 33), non è che conseguenza dei primi passi. Il negare in fine di rimetter gli atti alla corte suprema non è stato un dichiarare irricevibili i ricorsi (§ 29 e 33), ma conservarli intatti per farli riunire ai ricorsi possibili dopo la definitiva, siccome prescrive la legge. — E questi sono i primi *cinque motivi* (§ 8). Rimangono il *sesto* ed il *settimo*, cioè a dire l'esperimento del mandato cui vennero soggettati i due fratelli *Carrera*, e la licenza del loro discesso.

39. I fratelli *Carrera* nella discussion pubblica de' dì 26, 27 e 29 maggio (§ 34) ritrattarono le loro dichiarazioni, negando la parte della confessione stragiudiziale dei due *Camerini*, la quale si riferiva a *Rainone* (§ 16 e 17). L' art. 264 procedura penale si esprime così: *un testimonio che vacilli nella sua deposizione, può esser ricondotto alla verità, con essere avvertito*, o *tenuto in disparte, ed anche col mandato*, o *arresto*. Gli art. 265 e 266 danno facoltà al procurator-generale di chiedere mandato di arresto contra il testimonio che offre gravi argomenti di falsità, potendo la gran-corte dar questi ordini sul momento, o riserbarli al tempo in cui delibererà sulla causa principale. Ed il procurator-generale dimandò l'arresto di quei due; ma la gran corte avvertì prima costoro, poi li tenne in disparte, poi li sottopose a mandato. Non fu chiusa però la loro deposizione; e come la discussion pubblica era stata interrotta (§ 35), così non sappiamo se coloro negli ultimi esamini avrebbero persistito a giurare contro la scritta dichiarazione, nè se la gran corte a tanta pervicacia li avrebbe arrestati, per aver mentito o nella instruzione, o nella discussione pubblica.

40. So bene, e ciò è notato nel processo verbale, che l'avvocato della querelante al primo udire le loro ritrattazioni, divenne fiamma: invel fremendo contro di essi, ne domandò l'arresto immediato, e domandò che fossero sottoposti a giudizio di falso, ovvero il fosse il giudice instruttore, ed il commessario quivi presente, se mai costoro avessero scritto di accordo ciò che i testimoni non avean detto. Ma la gran-corte volle in tutti il ritorno della calma, perchè tanto i testimoni, quanto i querelanti, *animi tranquillitate recepta, in iudicio sistant cum mente et consilio* 1). Or sino a questo punto io trovo la condotta della gran-corte criminale non pure irreprensibile, ma ferma e lodevole. Contraffà alla indole della discussion pubblica, chi al cangiare di ogni circostanza della dichiarazione scritta mette in arresto un testimone 2). La legge perciò saggiamente colloca in primo luogo l'avvertimento, poi il mettere il testimonio in disparte, poi il mandato, finalmente l'arresto. I due fratelli erano entrambi scribenti: ciascun de' due avea fatto nella instruzione scritta una duplice dichiarazione, e l'un di essi avea fatta la seconda innanzi al giudice commessario. Ritrattarle in faccia al reo ed innanzi al commessario stesso che l' avea ricevuta, dava un argomento non contro il solo reo, ma o de' maneggi del reo nella discussione pubblica, o de' maneggi de' querelanti nella instruzione. E poi chi può indovinare, che la gran-corte si sarebbe convinta della veracità piuttosto della dichiarazione ultima, che delle due prime? Chi può mai dire, che la gran-corte non avrebbe forse tratto da questo mendacio un altro indizio contro dell'accusato? Chi prevedere, che nel fine della discussione pubblica, o al tempo che la gran-corte si sarebbe riunita nella camera del consiglio per pronunziare sulla causa principale, non li avrebbe messi in istato di arresto per sottoporli ad un giudizio di falso? Rivolgere ad argomento di *dolo* una violazione di rito che può esser figlia di negligenza semplice e di errore, è per se stesso un audace pensiero. Che diremo del rivolgere in motivo di *dolo* un atto che ha in sè l'impronta della prudenza, che vien autorizzato anzi raccomandato dalla legge, e che era rivocabile fino a tanto che non si pronunziava la definitiva?

41. Ma questi due ottennero poi licenza di ripatriare per dieci giorni, e la ottennero da cinque, e non da sei giudici. — Esaminiamone le circostanze.

42. Il provvedimento preso dalla gran-

1) L. 5, Cod. Theod *De accus. et inscriptionibus*
2) De' pericoli o dello scandalo per l'intemperanza di ricorrere subito al carcere, e tenervi lungamente i testimoni in esperimento, tratteremo ampiamente nella conclusione al n. seguente, data nella causa di *Luigi de Vuono*.

corte di sottoporre i due a mandato, non era di sua natura che di breve durata: perciocchè il dibattimento non potea durare al di là de' primi giorni di giugno. Per ricorso de' querelanti il ministro richiamò a sè le carte, ed il dibattimento fu sospeso (§ 35). Intanto i testimoni non ricevevano indennità: il tempo della sospensione dipendeva dal ministro. Chi dava ad essi i mezzi da vivere? Il mandato non poteva essere condanna di morte per fame, e molto meno divenire un bisogno di abbandonarsi a male arti, e se mai fossero stati sedotti ed alimentati dal danaro di *Rainone*, una ragione ad essere più pertinaci a mentire, o finalmente un incentivo a negoziare tra la parte-civile e lo accusato. Era dunque una necessità di permettere ad essi di tornare in patria in tempo di raccolta, onde provvedersi del bisognevole. Se l'art. 264 conchiude: *questa facoltà* (di trattenere il testimone col mandato) *è confidata alla probità e prudenza della gran-corte*, non offende certo la legge una gran-corte che in queste circostanze, ne fa uso e la modifica. Di fatti allo spirare de' dieci giorni essi si ripresentarono. Chiesero allora un altro congedo, e questo fu lor negato. Infransero il mandato, atterriti forse dal colera che desolava Avellino, e si spedì contro di essi un mandato di arresto.

43. Nè fu un abuso di potere, siccome si grida con enfasi, l'aver fatto tutto questo con cinque e non con sei giudici. Lo art. 217 della proc. penale esige a pena di nullità, che aperta una pubblica discussione, tutte le deliberazioni che la grancorte dee prendere, si facciano col numero che la legge prescrive per le decisioni definitive. Ma si avverta sempre che l'art. parla di decisioni *che si prendono nel corso della pubblica discussione*. Tosto che questo corso è interrotto, ritorna in vigore l'altra regola, la quale vieta, a pena di nullità, di pronunziare altrimenti che con cinque o tre voti. Di fatti poteva esservi discussione pubblica senza processo? Il richiamo di questo non ministero (§ 35), e quindi l'interruzione della pubblica discussione, nacque da un fatto indipendente dalla gran-corte, anzi da un fatto e da un ricorso de' querelanti. Questa deliberazione di un discesso di soli dieci giorni era urgentissima; ed oltre a ciò era misura di prudenza indipendente dal merito della causa. Che si sarebbe fatto se un testimone avesse avuto il padre o il figlio o la moglie morente nella sua patria? Che, se avesse avuto un affare da cui tutta dipendeva la sua fortuna? Che, se fosse stato chiamato per un servigio pubblico 1)? *Necessitas ius constituit* diceva Modestino 2). Non poteva constituirsi la gran-corte nel numero necessario per la discussione pubblica, perchè discussione pubblica non poteva allor farsi. Ella dunque dovea constituirsi come in ogni altra circostanza.

44. La qual teoria è stata da voi sviluppata sulle mie conclusioni nella causa di *Saverio Dimitri*, con arresto del 2 settembre 1835, a rapporto del vice-presidente commendator Montone. Si trattava di un dibattimento interrotto per infermità di un giudice: s'ignorava quando esso avrebbe potuto proseguirsi. Fu necessità statuire sul trattenimento de'testimoni; e ciò si fece con tre giudici. Ripigliata poi la pubblica di scussione, fu il *Dimitri* condannato all' estremo supplizio. Egli oppose qual mezzo di annullamento l'essersi deliberato il rinvio in patria dei testimoni nel corso della discussione pubblica con un numero di giudici minore di quello che esige la discussione stessa e la definitiva. Ma la corte suprema osservò che la discussione pubblica non era nel suo corso; ch'ella era interrotta indefinitivamente per necessità di circostanze non dipendenti da lei; che statuire intanto sul trattenimento o licenziamento de'testimoni, era pura necessità, non potendosi obbligare i cittadini a star fuori della lor patria sì lungo tempo senza bisogno; e che così si era osservata, non violata la legge. Per queste ragioni rigettato venne il ricorso 3).

1) Quante cause legittime vi abbiano per ciò, le leggiam numerate ne' titoli del Digesto, *Si quis cautionibus*, e *De in ius vocando*.

2) L. 40, D. *De legibus*. È la regola sovrana di risulvere i casi non preveduti letteralmente dalla legge.

3) Prendiamo da questa massima stabilita allora dalla corte suprema occasione di presentare le altre, che formano come il comento degli art. 217 e 218 pr. pen. — La pubblica discussione delle pruove debbe esser fatta innanzi a tutti i giudici che debbono pronunziar sull'accusa, ed a porte a-

45. Da qualunque lato dunque questa causa si guardi, non si trova un sol punto, su cui possa la *presa-a-parte* fondare il suo appoggio. Se anche vi fossero violazioni di forme, è da por mente che la legge ne riserba sempre il giudizio al definitivo. Imperocchè molte di esse posson essere riparate, altre possono rimanere senza alcuna influenza sulla terminativa decisione, altre possono obbliarsi dalle parti per sentimento di aver ricevuto giustizia 1). La stessa è la regola pel sospetto di parzialità de' giudici nel corso del giudizio. Confondere la *presa-a-parte* con la *ricusazione*, è fuori di ogni uso di legge. Ammettere l'azion civile per *quasi-delitto* prima del fatto che produca un danno, è fuori dell' indole e della natura dell' azione. Credere qual pruova certa di *dolo* la sola convizione o la mostra di convizione di chi accusa, è fuori d' ogni moderazione civile e d'ogni principio di logica.

46. Domando perciò che ai termini del-

perte: il ministero pubblico, l' accusato e il suo difensore debbono esservi presenti. Nullo è dunque un dibattimento che per qualunque causa si faccia in casa privata. Arresto nella causa di *Pietro Serratore*, 26 luglio 1832, Rulli comm., Brancia m. p. — È nullo il procedimento d'un giudice regio, ch'essendo andato con le parti private e col ministero pubblico in una casa di campagna a raccogliere la dichiaraziono giurata d'un infermo, vi pronunzii la sentenza. Arresto nella causa di *Domenico Pirro*, 29 settembre 1834, Franchi comm., Nicolini m. p. — Nullo è il giudizio correzionale, in cui la discussione cominci col supplente e finisca col giudice titolare. Arresto nella causa di *Caterina Cavasco*, 30 ottobre 1835, Camerano comm., Nicolini m. p. — Nullo è un procedimento criminale, in cui intervenuto un supplente (chiamato oltre il numero a' termini dell'art. 288), egli per impedimento del giudice ordinario, prenda parte in una sessione, e poi tornato costui, questi e non più il supplente prenda parte nella decisione. Arresto nella causa di *Nicola d' Antico*, 29 luglio 1839, Montone comm., Nicolini m. p. — Nulla è la decisione, quando il ministero pubblico non assista alle aringhe del difensoro, e la decisione non si pubblichi alla sua presenza. Arresto nella causa di *Michele Veleno*, 16 giugno 1834, Montone comm. Nicolini m. p. — Se dunque, aperta la pubblica discussione, venga a pronunziarsi una decisione interlocuturia, che può influirvi, ma si pronunzii da numero di giudici minuri di sei, e non in pubblica udienza coll' intervento del pubblico ministero e dell'accusato e del suo difensore, il procedimento é nullo. Arresto del 21 dic. 1832, nella causa di *Ferdinando del Buono*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Tale è p. e. quando i sei giudici della pubblica discussione han messo in esperimento in carcere un testimone, come vacillante, o sospetto di mendacio, ed il presidente solo, o tre, o cinque de' giudici lo liberino nel corso della discussione. Arresto del 18 nov. 1833, *Michele Napolano*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Tale è qualunque altra decisione influente all'accusa, o alla difesa, ed alla convizione de' giudici, quando ella vien pronunziata nel corso del dibattimento da tre o cinque giudici. Arresto del 26 genn. 1838, nella causa di *Pasquale Vuolo-Mappa*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Eug. Rafaelli avv.— Quando però si tratta di provvedimenti personali relativi a rei o a' testimoni, o a qualunque altro oggetto della causa, provvedimenti che ne influiscono sulla convizione, niuna legge vieta deciderne con tre o cinque giudici, ad onta che sia cominciato il dibattimento, e sospeso per qualche impedimento. Questo fu il caso dell'arresto per *Demitri*, le di cui parole sun le seguenti:

« Considerando che per la malattia di un giu-
« dice, la gran-corte non poteva legalmente com-
« porsi; che intanto i testimoni chiamati dimora-
« vano inutilmente a carico del real tesoro; e che
« quindi era necessario un provvedimento: »

« Che di qui il presidente, due giudici, ed il
« pubblico ministero nel riconoscere la impossibi-
« lità di proseguire la pubb. discussione, ordina-
« rono di licenziarsi i testimoni: »

« Considerandu che tale decisione in nulla ap-
« partiene al merito del giudizio, nè offende i
« principii che regolano le deliberazioni che si
« prendono in dibattimento; che anzi il provvedi-
« mento economico che contiene, poteva essere pre-
« so dal solo presidente, di accordo col pubblico
« ministero: »

« Che gli arresti della corte suprema che si ci-
« tano in sostegno del mezze, riguardano casi ben
« diversi: »

« Che perciò inesistenti sono le dedotte viola-
« zioni degli art. 217 e 272, delle ll. di pr. pen: »

« Rigetta ec.

1) E questa é la ragione per cui il dritto a produrre la maggior parte delle nullità di forme si prescrive quando esse non sieno dedotte a tempo. Tutte le nullità della instruzione si prescrivono se non son dedotte nel termine de' cinque giorni. Le nullità delle interlocutorie pronunziate ne' termini si prescrivono quando non son dedotte o al momento della loro pubblicazione, o tra le ventiquattr'ore dalla notificazione. Le nullità delle definitive si prescrivono se non son dedutte fra i tre giorni dalla notificazione. Le altre nullità si prescrivono tosto che si passa all'atto seguente senza protesta. Lo stesso oblio di pronunziare su d'una domanda legale, non apre adito ad annullamento, quando non è rilevato prima di passare agli altri atti. *Vigilantibus iura succurrunt*. Come dunque può essere motivo di *dolo* un'inavvertenza di rito, che obliata da tutti gl' interessati nemmeno apre adito a ricorso per annullamento? I giudizii son tutti di buona fede. Chi si sente leso, conviene che il dica, e che si protesti, affinchè se la nullità sia riparabile, possa ciò farsi a tempo.

l'articolo 580 procedura civile l'azion contro i giudici sia in questa causa, perchè insussistente, rigettata 1).

—

XI.

I, Quelli che posson essere motivi di presa-a-parte, non sono sempre motivi di annullamento.—II, Causa di scienza.—III, Valore degli esperimenti di fatto.—IV, Eccezione della cosa giudicata.—V, Forza dell'art. 293 pr. pen.—VI, Formola da impiegarsi nel caso del ritorno dalla competenza speciale all'ordinaria.

SOMMARIO

I. Stato della quistione, e condanna dell'accusato.— Ricorso, § 1 a 3.
II. *Primo motivo di annullamento.* — Concussione contro i testimoni. — Storia delle dichiarazioni d'una testimone, § 4 e segg.
III. Della causa di scienza de' testimoni, onde valutarne la fede, § 7. — Esperimenti di fatto relativi a questa causa di scienza, § 10 ed 11.— Disperazione e morte della testimone lungamente trattenuta in carcere, § 12. — Non è questo un motivo che possa far rescindere il giudicato, § 13 a 15.
IV. *Secondo motivo.* — Se possa far rescindere il giudicato la convizione contraria al risultato di un esperimento di fatto, § 16.
V. *Terzo motivo.* — Se il possa la contraddizione ad un giudicato di libertà, che si trovasse pronunziato prima relativamente ad un complice, § 17.
VI. *Quarto motivo.* — Violazione dell'art. 293 pr. pen. § 18.
VII. *Quinto motivo.* — Violazione dell'art. 88 e 327 pr. pen., § 19 a 21.
VIII. *Sesto motivo.* — Con qual *formola* debba enunciarsi il ritorno dalla competenza speciale all'ordinaria, § 22 a 24.
IX. Conchiusione, § 25.

1. Signori 2), quattro malfattori in una notte invernale e nevosa, quale fu quella del 25 dicembre 1830, penetrarono nel tranquillo abituro di donna onesta e già d'anni matura, la quale sola vi dormiva con una giovine nipote. Le loro mani contaminatrici già eran sopra costei, quando la zia si destò, e visto il pericolo, spiegò gridando tutte le sue forze, perchè i rei uomini non incarnassero l'iniquo disegno. Ed essi irritatine, la trasser fuori di casa, e poco lunge, presso ad una fontana, la pugnalarono, sì ch'ella a stenti e grondante sangue, potette appena riguadagnare il suo albergo, ove morì dopo qualche giorno per le riportate ferite.

2. Le sue dichiarazioni sul letto di morte appariscono varie, ed ora più particolareggiate, ora più reticenti. L'assistettero parecchi confortatori, e non è senza verisimiglianza ciò che sostiene l'avvocato del ricorrente, averle, costoro suggerito certi nomi, onde farla istromento delle loro particolari vendette. Tra questi nomi si legge in una dichiarazione di lei quello di *Luigi de Vuono*, come d'uno de' principali aggressori.

3. *Luigi de Vuono* n'è stato condannato. Se non che la circostanza della unione armata che lo trasse ad un giudizio di competenza speciale, non è stata certificata nella pubblica discussione. Quindi gli si è aperto l'adito al ricorso presso la corte suprema 3). I motivi son molti. Il *primo* è relativo agli eccessi di potere per le violenze e concussioni onde si dice estorta la dichiarazione scritta della testimone *Caterina Casalnuovo*, che più lo aggravava di tanto misfatto.

4. Dolente è la storia delle dichiarazioni varie, e del fine miserevole di questa donzella. Pochi giorni dopo l'uccisione di quella infelice, ne' primi dì di gennaio 1831, ella ed i suoi, perchè abitatori di una casa attigua a quella del truce avvenimento, vennero assegnati innanzi al giudice regio, onde dichiararvi cosa mai ne sapessero. Il padre nell'atto della chiamata era assente. E *Caterina* e la madre e il fratello dissero uniformamente, che dormivano chiusi nella loro casa, e nulla videro, nè udirono. Tutti vennero carcerati, come renitenti a dire il vero.

1) Così venne deciso, con condanna alla multa di ducati settanta contro la ricorrente.

2) Conclusioni nella causa di *Luigi de Vuono*, 21 agosto 1840, de Luca comm., Nicolini m. p., Raffaele Conforti avv. del ricorrente.

3) Art. 433 e 434.

5. Questo primo passo non era giustificato dalla legge. La nostra procedura penale non darebbe agli ufiziali di polizia giudiziaria facoltà alcuna di arrestare i testimoni, se non fosse il real rescritto del 30 ottobre 1819, il quale, *considerando che gli ufiziali di polizia giudiziaria*, *per conseguire l'effetto delle loro cure*, *debbono essere necessariamente forniti di mezzi proprii ad allontanare gli ostacoli che si oppongono allo scovrimento del vero*, diede facoltà a costoro, *di arrestare i testimoni renitenti a deporre la verità*, *che risulta d'essere a loro notizia*. Or da niuna dichiarazion precedente risultava allora d'essere a notizia della *Caterina*, nè della madre, nè del fratello alcuna circostanza dell'avvenimento. Niuna legge dunque autorizzava l' instruttore a tormentarli col carcere.

6. Giovinetta in quel tempo costei di 16 a 17 anni, stretta con tanta durezza, apparisce aver detto finalmente, che in quella notte funesta destato il padre al calpestio che si udia sulla strada, le aveva ingiunto di alzarsi di letto, *ed andare a vedere dal buco della chiave*, e ch'ella andò, e vide e conobbe quattro persone, fra le quali *Luigi de Vuono*, e distinse a parte a parte le fattezze di tutti e quattro, e le voci criminose, e le operazioni sì a dritta ed a manca della porta, dietro la quale ella stava spiando, e sì di rimpetto sino alla fontana, e la fuga de'rei, ed il ritorno della già ferita su per la gradinata ch'era rasente al muro. La madre ed il fratello continuarono anche dopo la carcerazione a sostenere di nulla aver conosciuto in quella notte, e nemmeno di aver udito quel comando paterno; avere però nel dì seguente la figlia e sorella *Caterina* raccontato ad essi ciò ch'ella, dietro un tal comando, avea veduto ed udito. Scritto ciò, vennero tutti messi in libertà.

7. La *causa di scienza* di questa dichiarazione della *Caterina*, o sia la ragione per cui ella si mosse, ed il mezzo pel quale ella vide, era il cenno paterno, e l'inspezione oculare dal buco della chiave. Ben rammentiamo il canone del nostro antico dritto, attestato dal Mattei, *neque in civilibus, neque in criminalibus causis plenam fidem testes mereri*, *qui causam scientiae non adiecerunt, ut explanent quomodo sciant* 1). Ciò è insegnato dalla logica, tanto allor che ragiona del metodo d'investigazione, quanto allor che dà le regole ond' estimare con sicurezza i fatti disvelati da altri, e giudicarne; ed il precetto, conservatone uniformemente da tutti gli autori, cominciando da Aristotile fino a Genovesi e Galluppi, è passato in legge nella nostra *procedura*, ch'è la logica pratica ne' giudizii penali. Ivi è detto all'art. 88: *per ogni fatto che il testimone depone*, debbe *esprimere la causa di scienza*, o *sia il modo come ne ha notizia*. La parola *debbe* esprime *necessità di dritto* 2). Di questo modo onde la *Caterina* vide ed udì, l'unico testimone, anzi il principio motore, non che il consapevole, sarebbe stato il padre. Costui però non fu udito allora perchè assente; nè l'instruttore si risovvenne di lui al suo ritorno, nè più mai in tutto il corso del procedimento 3).

8. Dopo più anni venne sottoposto a giudizio uno de' quattro nominati da costei. Ma ella in pubblica discussione negò aver veduto ed udito, anzi sostenne che non avrebbe potuto mai dall'interno forame vedere tutte quelle azioni esterne, nè ai canti a dritta e sinistra lungo il muro ove era la gradinata vicina, nè sulla strada sino alla fontana; ma che se appariva essersi ciò detto da lei, le fu dettato contro ogni possibilità di vero, ed ella vi assentì perchè fanciulla ed atterrita dal carcere. Sostenne non pertanto altra lunghissima prigionia, e protestò sempre *non volere perder l'anima dichiarando il falso*.

1) *De criminibus*, ad lib. XLVIII, dig., tit. 15, c. 4, n. 13 et 14. — V. la nostra *Pr. pen.* II, § 658.

2) L. 108, *De verb. sign.* — La parola *debbe* indica nelle leggi lo stesso dritto, che assolutamente non può preterirsi, o almeno *quod nisi inhoneste omitti non potest*. Grot. *De iur. belli et pacis*, lib. 2, c. 7, § 4. — All'incontro la parola *può* non porta necessità, ma rimette il fare o non fare alla estimazione del giudice. L. 8 e 9, D. 1, 18, *De off. praesidis*. — Talvolta anche il *debet* è in senso di *potest*, ma questa significazione impropria dee risultare da tutto il contesto della legge.

3) Sarebbe anche stato un testimone *contesto*. Quindi maggiore la necessità di citarlo ed udirlo. Art. 93 congiunto al 199 pr. pen.

—

9. Perchè gravi da sè erano le ragioni da lei presentate intorno alla impossibilità di veder per quel mezzo e di notte, la gran-corte credette necessario disvestire ogni dubbio con un esperimento di fatto. L'impossibilità di vedere divenne per tal modo un'evidenza. Ella perciò fu liberata dal carcere; e l'accusato ottenne la sua libertà provvisoria, la quale dopo due anni fu convertita in assoluzione definitiva.

10. Scorsero altri anni dopo questo primo giudizio, e nel 1839 *Luigi de Vuono* venne anch'egli arrestato. Quella fanciulla poco più che trilustre era già maggiore di età, ed in questa nuova pubblica discussione sostenne con più fermezza la sua ritrattazione, perchè appunto da un giudizio d'impossibilità di vedere, dimostrata da un solenne esperimento di fatto, ella traea maggior forza. Ciò non ostante venne di nuovo gettata nel carcere; severità che, per dir poco, non era più del caso, e che non pertanto non seppe piegare la costanza di lei. Allora la gran-corte, non contenta a quel primo esperimento, ne ordinò un altro nell'interesse di *Vuono*.

11. Se non che dopo circa dieci anni quella porta e quella chiave non erano più nello stato medesimo. L'esperimento dunque venne eseguito in circostanze diverse, e per colmo d'indifferenza per la simiglianza di esse, venne eseguito di giorno, e non di notte nevosa, rischiarata di quando in quando dalla luna, come era stata l'ora del commesso reato. All'incontro troppo natural cosa era che dal forame interno della chiave d'una porta non potessero scorgersi le gradinate, e le operazioni esterne lungo i muri laterali, tanto più che non si scorgea da quel buco la strada di rimpetto sino alla fontana. Solamente facendo piegar tanto chi alla piena luce era al di fuori, quanto presentasse la faccia alla direzione della chiave, egli fu riconosciuto da chi teneva l'occhio al di dentro: cosa certamente che di giorno non abbisognava di esperimento. Ma quando l'uomo esteriore si allontanava verso i canti, o verso la campagna, non era più visibile al di dentro. L'esperimento dunque dimostrava evidentemente fallace quella causa di scienza, la quale al vedere della *Casalnuovo* era stata data: ella per tal mezzo non poteva assolutamente discernere tutto quello che si era notato aver ella distinto.

12. Con tutto ciò la misera fu ritenuta in prigione, quasi che avesse ritrattata una dichiarazione spontanea e verace. Correva il trentesimosettimo giorno di sì crudo esperimento, quando ella in una mattina fu rinvenuta nella sua cameretta di dolore, spettacolo miserando! immersa nel suo sangue. Disperata si avea conficcato un ferro nella gola. Così ella morì in carcere assai prima che terminasse il giudizio. Questo, o Signori, è il progredimento del fatto, che dal ricorrente si è dedotto con tanta forza; fatto grave certamente, fatto compassionevole; ma può per esso rescindersi forse la decisione che il condanna?

13. Io ben credo ch'esperimenti sì duri sopra i testimoni non debbano eccedere mai i limiti di una detenzione di polizia, nè rivolgersi in tortura od in pena 1). E perciò penso che particolarmente nella pubblica discussione non se ne debba far uso, che con somma riserba, e per tempo brevissimo. Imperocchè la pubblica discussione, sì per la convizione che deve ingenerare ne' giudici, e sì per l'ansietà pubblica che produce, debb'essere di sua natura rapidissima; e spezzarla per settimane e per mesi, fino a tanto che l'orrore e il tedio del carcere, maestro assai strano di verità e di fede, vinca l'altrui costanza, fa perdere ne' giudici tutta l'unità del concetto della causa, e vi aggiunge lo scandalo dell'insofferenza loro, o della incapacità di saper far uso della tortura logica delle confrontazioni e del dialogo. Anche nella vita domestica degli uomini intesi a discuoprire qualche segreto, tanto più facilmente trascorrono alle minacce e al bastone, quanto men lucido han l'intelletto, e più son superbi e corrivi; ragione che fra i popoli semi-barbari fece ne' giudizii, qual mezzo d'investiga-

1) V. la nostra *Pr. pen.* II, § 682 e segg. — Mentre queste pagine sono sotto il torchio, ci perviene l'eloquente e dotto discorso del mio amico, sostituto proc. generale del Re presso la gran-corte criminale di Napoli, Domenico Tartaglia, discorso pronunziato al riaprimento dell'anno giudiziario 1841, ov' egli tratta anche dell'abuso di protrarre troppo a lungo la carcerazione de' testimoni, e lo biasima con forti parole che onorano altamente e la sua mente e il suo cuore.

zione, prevaler la tortura. All' incontro cosa è mai una instruzione scritta? Un complesso di dichiarazioni altrui, attestateci da un solo, il quale è l'instruttore. Ma costui per lo più ode uomini analfabeti, e traduce, non sempre bene, nella lingua universale d'Italia il dialetto grossolano d'un villaggio; costui per lo più cerca registrar con ordine e precisione ciò che fu confusamente espresso, e forse mal veduto; costui per lo più, quando si accosta ad esaminare un testimone, è già prevenuto dalle querele degli offesi, o dalle insistenze di altri, come è avvenuto nella causa presente; nè di raro è animato dal desiderio di mostrarsi acuto e felice inquisitore, sì che può trovarsi nel caso di chi *affectus proprios in fabellas transtulit* 1). Credere ciecamente al processo scritto, è lo stesso che non conoscere le cause le più comuni che possono, anche senza mal fine, alterare un racconto, e confondere col certo del fatto il giudizio di chi lo rapporta; è lo stesso che ignorare ogni critica dell'istoria; è lo stesso che convincersi non *ex animi sui sententia*, ma con la coscienza degli altri 2). Gravissime son le ragioni d'ordine pubblico che han mosso il nostro sapientissimo legislatore a restaurar fra noi la pubblica discussione delle pruove; ma se allor che giudichiamo della vita e di quanto han di più caro i sudditi del RE S N., non vogliam giudicarne con la testimonianza di udita di un solo, qual sarebbe l'instruttore, è di assoluta necessità che il giudice guardi con diffidenza il processo scritto, che riesamini *ex integro* i testimoni tutti in contraddizione delle parti, e che a costoro dia tutta l'abilità di dir le cose nel modo che le sentono, e con le parole che usano. Solamente quando apertamente mentiscano, allora col dialogo e colle confrontazioni, e da ultimo con temperato e breve castigo (*modica coercitione* 3) e non più) può ricondurli al vero 4).

14. Che se allora il testimone è convinto di falso e di subornazione, la legge dà i modi onde punirlo. E' se ciò ch'ei disse nel processo scritto è più verisimile di ciò che asserisce in pubblica discussione, la legge dà la facoltà a' giudici di convincersi di quello, piuttosto che di questo. Ma volere a forza di minacce e di lunghi tormenti, che il testimone deponga in discussione pubblica uniformemente alla dichiarazione scritta, è contrario alla umanità ed alla legge, e falsifica il fine della pubblica discussione 5). Quando il testi-

1) PHEDR. III, *in prol.* — Queste idee son tratte dal MANZONI, *Promessi sposi*, c. 27. — V. la nostra *Pr. pen.* III, 739.

2) TACITO al principio delle sue *Storie* riferisce tutte queste ragioni di diffidenza, dicendo che per esse è *veritas pluribus modis infracta; — ambitionem scriptoris facile adverseris: — obtrectatio et livor pronis auribus accipiuntur*, ec. ec.

3) *Modica castigatio magistratibus non est deneganda*. L. 12, D. II, 1, *De iurisdict*. — *Iurisdictio sine modica coercitione nulla est*. L. 5, D. I, 21, *De off. eius cui mandata est iurisdictio*.

4) V. il nostro discorso, *Della discussione pubblica*, pag. 315 di queste quistioni, n. 1.

5) Non fia vano il trascrivere qui una savissima ed umana circolare testè pubblicata sull'oggetto:

« Napoli 27 febbraio 1841. — Signori. — Sulla domanda se i funzionarii di polizia giudiziaria possano arrestare per esperimento i testimoni che ricusino esporre i fatti de' quali han conoscenza, si emise il rescritto sovrano de' 30 ottobre 1819 così concepito. — « Considerando Sua Maestà che quei « funzionarii per conseguir l'oggetto delle loro cure « debbono essere necessariamente forniti de' mezzi « proprii ad allontanare gli ostacoli che si oppon- « gono allo scovrimento del vero, ha ordinato che « essi possano impiegare la misura indicata contro « i testimoni renitenti a deporre la verità che risul- « ta di essere a loro notizia. »

« Questa misura permessa, qual mezzo *necessario* allo scovrimento del vero, viene circoscritto al caso di testimoni *renitenti a deporre la verità che risulta di essere a loro notizia*. Indiscretamente vi si darebbe luogo, quando ne mancasse il bisogno, nè ragione si avesse di ammettere nel testimone la notizia della verità, e la renitenza a deporre. »

« A non deviare adunque dalle regole che servir devono di guida all'esercizio dal potere del sovrano rescritto conferito, è necessità di assicurarsi con tutta ponderazione, che i cennati estremi concorrano ad usar con prudente moderazione dell'indicata misura, affinchè non degeneri in una tortura avversa all'umanità ed alla legge, e che potrebbe agevolmente spingere a false dichiarazioni, invece di menare al vero. »

« La facilità di andare per disaccortezza, ed anche per zelo male inteso, ad abuso contro la sicurezza individuale, esige che l'arresto de' testimoni per esperimento pongasi tra gli oggetti di vigilanza confidata alle signorie loro. Disporranno all'effetto che in ogni settimana gli uffiziali di polizia giudiziaria, in caso di arresto di testimoni, ne facciano rapporto, e che in esso precisino; »

« 1, Le persone arrestate, la loro età e condizione;

« 2, L'epoca dell'arresto;

« 3, I motivi pe' quali si è creduto applicabile il sovrano rescritto;

mone, ad onta di un esperimento di qualche, giorno è pertinace nel falso, perchè allora non far uso delle facoltà concedute con tanta saviezza dagli art. 264, 265 e 266 proc. penale? La uniformità ottenuta dopo lunga carcerazione può sembrare un effetto di esorbitanza: la pertinacia di un testimone fino all' ultimo, ad onta degli sforzi e delle ire de' magistrati, può compromettere la di loro dignità: il che era da guardarsi particolarmente nella donna di cui ragioniamo, la quale non ha fatto in sè travedere alla gran-corte alcun indizio di subornazione. All' incontro s'ella fosse apparsa convinta di mendacio, il giudizio di falso avrebbe rassicurato le coscienze, e fatto omaggio alla legge.

15. Ma ripeto, che l'aver agito contravvenendo a questi principii in operazioni del tutto facoltative, quali son quelle alle quali autorizza i giudici il real rescritto del 1819 (§ 5), non può dirsi contravvenzione manifesta al testo espresso d'una legge 1), tanto più che non vi si oppose alcuna eccezione o protesta. È vero che l'articolo 569 proc. civile, oltre alla *denegata giustizia* ed al *dolo* ed alla *frode* 2), annovera tra i motivi di *presa-a-parte* anche la *concussione*, o sia le minacce, le escandescenze, o i mezzi di terrore verso i rei e verso i testimoni 3): ma questi fatti quando non degenerino in reati, e mostrino solamente l' inosservanza delle regole per negligenza o disattenzione o indifferenza per l' umanità, o anche per zelo trasmodato, nemmeno costituiscono sempre quella *colpa*, la quale è il primo e più tenue grado del *dolo*, e che dà luogo a sola *azion civile*. Or nè questi, nè quei motivi che possono sostenere la sospezione de' giudici, è lecito confondere coi motivi per annullamento 4). Son giudizii diversi, e per ragioni e con forme diverse. L'accusato che crede esser forte del suo dritto in far valere i motivi di *presa-a-parte* nella sede che all'azion civile conviene, non può rivolgerli in motivi pei quali la decisione dee poscia rescindersi. Questi sono espressamente indicati dalla legge; nè in un giudizio così straordinario, come di sua natura è quello dell'annullamento, possono prendersi in prestito da altro giudizio i motivi efficaci. Questa serie dunque de' fatti relativi a *Caterina Casalnuovo* può esser discussa come motivo di censura per via di disapprovazione, non di annullamento.

16. *Secondo motivo.* — Similmente non mi sembra violazione di legge espressa lo esperimento di fatto, eseguito piuttosto di giorno, che di notte, particolarmente ove si rifletta, che la gran-corte ritiene aver l'esperimento corrisposto in tutto alla posizione dell'accusato e della testimone 5).

« 4, La durata dell'arresto sofferto dal testimone, quando è posto in libertà.

« In seguito delle notizie su questi oggetti, e delle altre che potranno dalle signorie loro chiedersi, cureranno elleno di dare sulla sorte de' testimoni in arresto le disposizioni convenevoli all'interesse della giustizia, ed a quello della sicurezza individuale. Allorchè poi l'ufiziale di polizia giudiziaria avrà fatto l'invio della istruzione, elleno e le gran-corti verranno con quanto sonno siasi proceduto all'arresto de' testimoni; ed ove si trovasse censurabile la condotta dell'ufiziale di polizia giudiziaria, non lasceranno di far loro avvertimenti. »

« Nell'inviare a me lo stato mensile de' movimenti de' detenuti, mi faranno elleno giungere rapporto ch'esprime i risultamenti della vigilanza, che all'oggetto dalle signorie loro è abitualmente esercitata, non che le disposizioni emesse. Nel rapporto di ciascun mese si terrà particolar conto degli arrestati nel mese anteriore, quanto volte se ne avessero. »

« Avranno Elleno intanto la cura di far nota questa mia agli ufiziali di polizia giudiziaria, e di palesarmene l'adempimento. — *Il ministro segretario di stato di grazia e giustizia*, Niccola Parisio. »

« Ai signori procuratori generali del Re presso le gran-corti criminali di questa e dell'altra parte del regno. »

1) *Saepe audivi Caesarem nostrum dicentem, rescriptione*, POTES, *non imponi necessitatem proconsuli, sed eum aestimare debere, an debeat*. L. 8, D. I, 18 *De officio praesidis*. — V. la nota 2 alla pag. 730.

2) Casi de' quali abbiam ragionato ne' tre nn. precedenti, VIII, IX, X.

3) *Concutere*, in italiano *concussare*, è commovere, sbattere, far tremare. *Concussus paries*, l. 18, § 11, D. XXXIX, 2, *De damno infecto*. — *Concutere homines*, è atterrire con atti violenti di autorità, l. 6, § 3, D. I, 18, *De officio praesidis*, l. 4, C. IX, 27, *Ad legem iuliam de repetundis*. — *Observandum est ius reddenti... neque excandescere adversus eos quos malos putat, neque precibus calamitosorum inlacrymari: id enim non est constantis et recti iudicis, cuius animi motum vultus detegit*. L. 19, D. I, 18, *De off. praesidis*. — V. la nostra *Pr. pen*. III, § 256 e segg.

4) V. i §§ 5 a 7 del n. IX, pag. 713 ed i §§ 3 e 12 del n X, pag. 716.

5) Ne' nn. seguenti tratteremo ampiamente degli esperimenti di fatto.

Solo non avrei voluto, ch'ella si fosse servita delle parole: *l'esperimento di fatto non ha potuto avere de' risultati utili per la giustizia:* espressioni, per non dir altro, poco misurate; quasi che l' utile della giustizia non fosse lo scoprimento del vero, ma unicamente il trovar modo onde rigettare del tutto le eccezioni dell'accusato.

17. *Terzo motivo.* — Molto meno parmi sussistente l' eccezione del giudicato precedente per l' altro complice (§ 9); giudicato, che mancante dell'identità della persona, non può favorir la causa di un altro reo in forza dell'art. 1305 delle ll. cc. 1). — Restringo dunque le mie osservazioni alla sola motivazione della decisione di condanna.

18. *Quarto motivo.* — Nella motivazione di tal decisione è ritenuta come verace per intero la dichiarazione scritta della *Casalnuovo, la quale* (così quivi è detto) *sebbene siasi ritrattata in pubblica discussione, e l'esperimento di fatto eseguito per ordine della gran-corte non ha potuto avere de' risultati utili per la giustizia, pure i suoi detti vengono confermati dalla di lei madre Maria Vuono, e dal germano Casalnuovo, cui essa lo manifestò, e che lo hanno sostenuto in pubblica discussione con legale atto di contraddizione.* Ma *Maria Vuono*, perchè inferma, non venne mai in pubblica discussione; la sua dichiarazione vi fu letta. ed ella non entrò mai con la figlia nel legale atto di contraddizione di cui parla la gran-corte. Dunque nella decisione è espresso un fatto, che non solo non risulta dalla pubblica discussione, ma è contrario a quello che fu ivi esaminato; che anzi stando lunge costei, non poteva esaminarvisi. La violazione della seconda parte dell'art. 293 pr. pen. è manifesta 2).

19. *Quinto motivo.* — Ma ammessa la impossibilità di vedere, risultata dall'esperimento di fatto, diveniva falsa la dichiarazione scritta, e verace la ritrattazione suggellata col sangue di *Caterina Casalnuovo*. La scritta diceva aver ella veduto per un mezzo per lo quale era fisicamente impossibile, ch'ella potesse vedere tutto ciò che avea detto aver veduto. Saremmo dunque in uno de' casi, pe' quali le sentenze senza appellazione per dritto romano si rescindevano; quando cioè un fatto è in contraddizione con la natura stessa delle cose, riconosciuta dal giudice del merito 3). *Non potest idem simul esse et non esse*, è il principio su cui è fondato l'art. 327 della nostra pr. penale; e questa è la norma unica che in questi casi noi dobbiamo seguire.

20. Ma la gran-corte viene ad ovviare la forza di sì fatto ragionamento con le seguenti parole: *se l'esperimento di fatto par che smentisca i detti della Casalnuovo, convien riflettere che ella lo dichiarò al giudice, e lo disse al germano ed alla madre. La sostanza dunque del fatto bisogna ritenerla per vera, e quindi è uopo convenire ancora, che dessa abbia indicato un altro mezzo di conoscenza, e non quello per lo quale conobbe in realtà gli aggressori.* La grancorte dunque dichiara falsa l'indicazione che costei diede della sua causa di scienza. Ma l' esperimento, dalla gran-corte stessa riputato verace ne' suoi risultati, non dà alcun altro modo di vedere dall'interno di quella casa, così chiusa com'era, e di notte, fuor che pel buco della chiave. Non finestretta, non fenditura, non altro breve pertugio fu mai rinvenuto in quei muri, tanto nel primo esperimento in cui la casa era nello stesso stato del 1830, quanto nel secondo in cui

1) E di ciò tratteremo anche appresso.

2) Così è avvenuto in molte altre cause.— Un fatto importante, anche in causa d' omicidio, era deposto dall' unica testimone *Carolina Allocca*. L'accusato repulsò costei come sedotta, e come dichiarante un fatto inverosimile. E la g. c. credette vero il suo detto, perchè (come qui per la *Casalnuovo*) il fatto ch'ella diceva aver veduto, era stato da lei immediatamente riferito, in tutte le sue circostanze, ad altre due donne. Ma nè l' *Allocca* avea deposto di aver palesato tutto ciò ad entrambe, nè entrambe lo dicevano ugualmente; bensì una di esse riferiva la confidenza di tutto, fattale da lei separatamente dall'altra; e quest'altra di accordo con *Allocca*, riferiva solo di aver saputo da lei, non tutto il fatto veduto, ma una sola e meno importante circostanza del fatto. Per violazione dunque dell'art. 293 la decisione venne annullata. Arresto 8 marzo 1841 nella causa di *Giacomo Rouge*, Montone comm., Nicolini m. p. Gius. Marini-Serra avv. del ricorrente. — Ne' nn. segg. riporteremo altre conchiusioni ove sono sciolte le più importanti quistioni relative all'art. 293.

3) Toto tit. D. XLIX, 8, *Quae sententiae sine appellatione rescindantur.*

lo stato della casa si trovò alquanto cangiato : essa non riceveva lume che dalla porta d'ingresso. E perchè mai il fratello, quando fu messo in contraddizione con la sorella, non venne interrogato se ciò ch'ella fece scrivere nella instruzione, e che a lui confidò, poteva essere veduto, altrimenti, che nel modo e col mezzo per cui ella disse di aver veduto? Allora sì, che si sarebbe conosciuto se ella si ritrattava per fortezza di virtù e delicatezza di coscienza, oppure se il fratello la contraddiceva per timore di esser tratto in carcere, ond'esserle compagno nel suo crudo destino.

21. Certo è, che se il testimone, per l'art. 88. *debbe* indicar la causa di scienza (§ 7), il giudice che non può per conoscenza di fisica impossibilità, o non vuole per considerazioni morali prestare assenso alla causa ch'egli rivela, debbe surrogarvi la certezza o la possibilità d'un'altra. Perciocchè, dimostrata falsa la dichiarazione, e dimostrata tale appunto per la impossibilità dell' efficacia della causa di scienza allegata dal testimone, il giudice che ammette questa impossibilità, se non può surrogarvi altra causa di scienza, non può certo dir vera la dichiarazione 1). Rammentiamo de'casi, ne'quali il pudore d'una fanciulla ha fatto dare alla sua testimonianza una causa di scienza non vera. Ne rammentiamo altri ne'quali la falsa causa è stata deposta da alcuno per non isvelarsi complice o colpevole d'altro reato. Rammentiamo pure che talvolta convinto alcuno di aver veduto, non ha potuto negarlo, ed intanto per preparare al reo una difesa ha detto di aver veduto da un punto ov'era impossibile il vedere. Allora il giudice scoperta la falsa causa di scienza, e la ragione per cui era stata allegata, è ricorso ad altra, sostenuta dalla verisimiglianza del fatto, e ha ritenuta come verace la sostanza della dichiarazione. Imperocchè quella grave parola, *debbe*, dell'art. 88, induce necessità di dritto, e questa necessità si riproduce nella decisione, tosto che dell'importanza dell'adempimento dell'art. 88 vi si fa quistione. Non è necessario certamente che nella motivazione della decisione definitiva si parli della causa di scienza di ogni testimone : sarebbe risibile, quando ciò non è messo in controversia. Ma tosto che se n'è fatto un dubbio, e così solennemente come in questo giudizio, tosto che la gran-corte ha creduto il dubbio sì ragionevole che ha voluto rischiararlo *per evidentiam facti*, tosto che appunto per evidenza di fatto il dubbio è stato risoluto in modo, che quella causa di scienza, espressa come unica anche dal germano e dalla madre, è stata dichiarata impossibile, rimaneva alla gran-corte assolutamente il dovere di sostituirvi o la certezza, o almeno la possibilità d'un'altra causa, taciuta maliziosamente dalla testimone. Parmi dunque violato il detto art. 88 pr. pen., trasfuso ne' doveri de' compilatori della decisione dall'art. 330 e dalla prima parte del detto art. 293 prescritto a pena di nullità 2).

22. Dopo questi due mezzi che mi sem-

1) Il risultato degli esperimenti di fatto non è sempre decisivo, che impedisca al giudice di ragionare o convincersi contro di esso. Ciò è dimostrato nelle conclusioni seguenti, in piè d'una delle quali riferiremo una disposizione ministeriale al proposito. Ma egli dee surrogarvi altro modo. In altri arresti della corte suprema si è stabilito che, perchè una gran corte si convinca legittimamente contro il risultato d' un esperimento di fatto, dee contrapporvi altri fatti, o almeno altre possibilità, e ragionarvi. Altrimenti la convizione rimarrebbe arbitraria capricciosa contraria in tutto al fatto ritenuto. Arresto del 7 settembre 1835, nella causa di *Francesco di Gregorio*, De Luca comm., Nicolini m. p. — Così solo s'intende, che la pertinenza e credibilità degli esperimenti di fatto è rimessa alla coscienza del giudice. Arresto del 20 genuaju 1837, nella causa di *Leonardo Acampora*, Montone comm., Nicolini m. p.

2) Le repulse contro i testimoni sono di tre specie; o sono di morale pubblica (vincolo di paternità, di fraternità, di matrimonio), o sono d'interesse personale e di tendenza a favorire (vincoli più larghi di cognazione o affinità morale del testimonio, amore o odio per una delle parti), o sono di *causa di scienza*, o queste sono le repulse per via di esperimento di fatto. Quando adunque si repulsa un testimone per la sua *causa di scienza*, allora questa è *messa in controversia*, e in conseguenza non può il giudice fare a meno di ragionarne. Quando *non* vi è questa repulsa, *non* è *più messo in controversia* che l'organo della vista o dell'udito nel testimone sia tale, che ben poteva udire o vedere, o che il mezzo onde udì o vide, sia tale, che con quegli organi ed in quella distanza potea ricevere la sensazione ch'ei dice aver ricevuta. L'art. 293 è così concepito : I, *Il fatto del quale deriva la risoluzione delle quistioni, debbe essere espresso, a pena di nullità, nella decisione.* — II, *Anche a pena di nullità, alcun fatto*

brano efficacissimi a rescindere la impugnata decisione, parmi assai lieve l' osservazione che può derivare dalla formola con cui la gran-corte trasmuta la sua giurisdizione nella causa. Ella avea dichiarato nel giudizio di sottoposizione all'accusa la sua competenza con rito speciale, e stando alla dichiarazione scritta di *Caterina Casalnuovo* non potea fare altrimenti: costei parlava di quattro, tutti armati d'armi propric. Purtuttavolta come nella causa precedente dell'altro complice si era riconosciuta la incredibilità di quella dichiarazione scritta, così non solo erano stati liberati dal carcere e la testimone ed il reo, ma si era dichiarata la causa di competenza ordinaria (§ 9). E nel giudizio contro de *Vuono* la g. c. pur dichiarò: *non sussistere nella presente causa i caratteri della competenza speciale;* parte della decisione passata in cosa giudicata.

23. Or nell'applicazione di sì fatti giudicati due formole indica la legge. La prima è nell'art. 92 della legge organica, il quale nel caso che svanisca la competenza speciale, dice così: *La gran-corte speciale assumerà il carattere di gran-corte criminale*, ed *applicherà la corrispondente pena*. *A tal effetto farà ritirare dal suo consesso quelli tra i giudici, che l'erano stati aggiunti per formare il numero di otto votanti*. La procedura penale rivoca quest' ultima parte dell'art. 92 della legge organica, e con l'art 433 dice come segue: *Nel caso che nella pubblica discussione svanisca la circostanza che avea dato luogo alla competenza speciale, sarà ciò non ostante decisa la causa da tutti gli otto giudici che hanno assistito alla pubblica discussione*. La gran-corte dunque dopo aver dichiarato ch' era svanita la circostanza che avea dato luogo alla competenza speciale, potea di fatto e senz' altra dichiarazione continuare fino alla pubblicazione della decisione, purchè lo avesse fatto col numero di otto giudici. Che se avesse voluto spiegar formola di esecuzione, o potea servirsi delle parole della legge organica, *assumendo carattere di gran-corte criminale*, ovvero servirsi delle parole dell'art. 433: e *perciò sarà decisa la causa da tutti gli otto giudici che hanno assistito alla pubblica discussione*.

24. Con tutto ciò la corte supsema ha in alcune cause riputato poco convenevole il servirsi tuttora delle parole della legge organica, *assumendo il carattere*, ed ha richiesto che la formola dovesse essere soltanto quella che posteriormente è stata indicata dalla procedura penale: cosa che a me sembra degna di nuovo esame, perchè la giurisprudenza nasca delle cose e dalla mente del legislatore, non da vane parole 1). Ma poichè di parole si vuol disputare, non posso

non può esservi espresso che non sia stato esaminato in pubblica discussione, MENOCHÈ NON SI TRATTI DI FATTI NON MESSI IN CONTROVERSIA.

1) Il principio di tutti gli arresti che si citano per la differenza tra la legge organica, e la procedura penale, è che per legge organica non era più la gran-corte speciale che decideva, perchè due giudici si ritiravano, e rimanea perciò la gran-corte ordinaria col numero de' sei soli giudici; mentre per la pr. penale continua la gran-corte speciale col numero di otto giudici; se non che non imprime alla decisione alcun carattere di eccezione, che la sottragga alla censura della corte suprema, bensì il carattere della competenza ordinaria. Il resto non è che giuoco di parole. — Ed ecco perchè in altre cause la corte suprema è rimasta posteriormente stretta a' principii. Trascriviamo l' arresto, che ha posto termine a tutte le varietà, pronunziate nella causa di *Geremia Torquini*, 6 dicembre 1840, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p., CARLO POERIO avv. dol ricorrente. La g an-corte giudicatrice avea detto con la legge organica: *assumendo il carottere di corte ordinoria*. Si opponevá che avesse dovuto usar la formola della procedura. Ma la corte suprema pronunziò come segue:

« Atteso che esaminato da vicino il mezzo non ha per sè alcun appoggio in fatto e in dritto. L'art. 92 della legge organica giudiziaria del 29 maggio 1817 prescriveva, che svanito in dibattimento il misfatto speciale, o la circostanza che aveva aperto adito al procedimento specialo, la *gron-corte assumevo il carottere di gron-corte criminale, ed opplicova lo corrispondente peno. A tol effetto focevo ritirore dal suo consesso quelli tro i giudici che l'erono stoti aggiunti per formore il numero di otto rotonti*. Questa disposiziono lasciava un sol beneficio agli accusati, il ritorno cioè alla regola dalla ecceziono dol procedimento in cui si era. Perciò avverso docisioni siffatte competeva il ricorso in corte suprema (*art. 85 l. org. giudiziorio*). E poichè anche le leggi hanno il loro progressu, così pubblicatasi la IV parte del codice, ciuè le leggi di procedura penale, gli art. 433 e 434 nella additata ipotesi, hanno concesso un doppio favore agli accusati, quello del numero de' volanti, facendolo rimanere ad otto, rivocando in questa parte il disposto dell' art. 92 l. organica, non men che quello del ricorso in corte suprema. »

disconvenire, che tanto in faccia alla legge organica, quanto in faccia alla procedura penale, impropria è la formola di cui fa uso la gran-corte nella causa presente: *assumendo le funzioni di gran-corte criminale*. Imperocchè se la sola gran-corte speciale è composta di otto giudici, e se sono tuttavia quegli otto chè giudicano, le *funzioni* sono tuttavia della gran-corte speciale. Se non che lo sono col *carattere* stesso d' una gran-corte criminale soggetta a ricorso per annullamento. Par lieve questa osservazione e di sole voci; ed io come tale l'avrei forse negletta. Ma chiedendo l'annullamento per altri due motivi, non ho voluto mancare al mio dovere anche in ciò, onde richiamare i giudici all'obbligo di non iscostarsi mai dalle parole solenni della legge. Par dunque degna di sola disapprovazione questa frase impropria, *assumendo le funzioni*, la quale non è nella legge organica, nè nella procedura 1).

25. Per le quali ragioni, accogliendo i due mezzi di annullamento sopra discorsi, osservo, che questi porterebbero alla rescissione di tutti gli atti cominciando dal termine delle ventiquattro ore. Ma quando tal termine, impartito già dalla gran-corte speciale, è qui tolto di mezzo, non può esser più la gran-corte speciale, la cui competenza è finita, che ne rinnovi l'ordinanza ma la gran-corte ordinaria. E quando si procede col rito ordinario, si dee sempre dopo la sottoposizione all'accusa, cominciare dal termine de'cinque giorni. Svanita la competenza speciale, il giudizio, di sottoposizione all'accusa è stato in ciò riformato.—Domando dunque l' annullamento della decisione, col rinvio ad altra gran-corte, che debba procedervi col rito ordinario, cominciando dal termine de'cinque giorni, onde ubbidire al giudicato che riforma il giudizio di sottoposizione, all'accusa, e statuisce la competenza ordinaria 2).

XII a XX

Della motivazione delle decisioni.

AVVERTENZE PRELIMINARI

1. La maggior parte delle quistioni che abbiam trattate e che tratteremo in quest'opera, è relativa alla motivazione della risoluzione della quistione di fatto nelle decisioni. Ciò forma una delle differenze le più rimarchevoli tra la nostra giuris-

« Ora per fatto sta che tutti gli otto giudici, svanita o per meglio dire non ammessa la circostanaa speciale, decisero la causa; e di ciò fa chiara fede la decisione medesima, dalla quale non rilevasi punto di essersi ritirato alcun giudice, ma all'opposto la si vede sottoscritta da tutti gli otto votanti. L'art. 433 ll. di procedura penale adunque si è appienu osservato. Nè il carattere di gran-corte criminale che la gran-corte speciale dice di aver assunto, cessata la specialità della causa, aggiugne forza al mezzo. Perciocchè resiste al fatto di essersi la gran-corte speciale constituita in gran-corte criminale come prescrive il suddetto art. 92 l. organica giudiziaria, se tutti gli otto giudici pronunziarono in causa. Quindi è la gran-corte speciale che ha renduto la decisione, e non la gran-corte criminalo constitnita da sei votanti (*art. 80 l. org.*). A tal che se non può dubitarsi che il primo beneficio verso gli accusati tratto dal numero dei votanti ebbe luogo, quell'assunzione di carattere di gran-corte criminale si trova negli stessi termini dell'art. 92 l. org. non rivocato nella parte che addita il secondo favore, cioè il ritorno alla regola, che ammette il ricorso in corte suprema, giacchè contro le decisioni della gran-corte speciale di ordinario non vi ha ricorso (*art. 435 ll. proc. pen.*).

« Rigetta il ricorso. »

1) Quando la pubblica discussione ha potuto far determinare, che la circostanza dalla quale dipendeva la competenza speciale sia svanita, allora questa dev' essere la prima quistione che dee proporsi. La competenza o variazione di competenza dee precedere ogni altra quistione. Arresto del 23 gennaio 1833, *Domenico Rotolo*, Celentano comm. Nicolini m. p. Arresto del 22 febbraio 1833, *Leone Melaccio*, Franchi comm., Nicolini m. p. — È dunque sempre utile che in caso di più misfatti attribuiti ad un reo, se un solo di essi porti a competenza speciale, si comincino prima le quistioni da questo, benchè posteriore di tempo, affinchè se mai si dichiari *non constare* un tal misfatto, o *non constarne* la circostanza che ha dato luogo al procedimento speciale, si proceda dagli otto col carattere di corte ordinaria. Arresto del 17 settembre 1834, *Cosmo Forgione*, Celentano comm, Nicolini m. p.

2) Così è stato deciso. — L'accusato *de Vuono* è morto in seguito nelle prigioni; prima di aprirsi il nuovo giudizio.

prudenza e quella di Francia, ove le decisioni penali non sono motivate in fatto.—V. il n. XXII pag. 212 § 31 e segg.

2. Nel n. I pag. 315 ne abbiamo stabiliti i principii regolatori: nel n. IV pag. 173 ne abbiamo indicata la forma: in tutta l'opera ne abbiamo discorso quasi tutte le varietà nell'applicazione a' casi particolari. L'obbligo e la necessità della motivazione in generale, è prescritto dall'art. 219 della l. organica napolitana, e dall'art. 236 della siciliana. Il modo poi di eseguirla nelle cause, è disegnato dall'art. 293 pr. penale.

3. E perciò la mancanza assoluta di motivazione è nullità di ordine pubblico, perchè tale è ogni altra violazione della legge organica. All'incontro il motivare imperfettamente, come sarebbe, p. e. l'argomentare senza esprimere preliminarmente i particolari tutti del fatto che risolvono la quistione, o da' quali essa deriva, o ragionare in fatto con consideramenti si oscuri, che non disegnino chiaro il concetto se non si ricorre al processo, sarebbe pur nullità, ma nullità di rito, perchè offende l'art. 293 pr. pen. Oltre a ciò la legge annovera fra i vizii non lievi di una decisione il mal motivarla; il che propriamente avviene, quando nulla manca di essenziale per la risoluzione delle quistioni, e solo vi è trascorsa qualche proposizione inesatta, inutile o illegale. Così è mal motivare quando si fa uso di frasi improprie, come abbiam rilevato ne' §§ 22, 23 e 24 del n. prec. Così pure è mal motivare quando trascorra nella decisione qualche ragione poco influente alla risoluzione della quistione, la quale non pertanto, pei principii che mette in campo, sia contraria alla legge. Allora per l'art. 124 della legge organica napolitana, e 122 della l. org. sic. si dee la corte suprema limitare a disapprovare i motivi 1).

4. È dunque sommamente importante il conoscere quale sia il caso della nullità d'ordine pubblico per difetto assoluto di motivazione; quale il caso della nullità di rito per qualche mancanza che vi avvenga; e quale finalmente il caso, non della nullità, ma della disapprovazione. A ciò saranno rivolte le quistioni seguenti.

5. *Nullità d'ordine pubblico nella motivazione.* — Il non motivare affatto, o il motivare *idem per idem* è nullità assoluta. Cominceremo da questa nel n. XII.

6. *Nullità di procedura nelle sue forme essenziali.* — Pria di tutto è necessa-

1) Questa distinzione tra nullità di *ordine pubblico*, nullità di *procedura e cattiva motivazione*, è pur venuta in disamina nella causa *Cocola* e *del Monaco* trattata in corte suprema nel dì 1 di marzo 1841, Montone comm., Nicolini m. p., Minervini avv. della parte civile. Il procurator generale presso la gran-corte criminale e la parte civile avevano attaccate di ricorso una decisione assolutoria, ed il mezzo unico del ricorso era fondato sulla motivazione. Ma si osservò,

« Che quella motivazione, qualunque essa sia, che precede la dispositiva di non *esservi luogo a procedimento penale,* fa conoscere evidentemente che la risoluzione della quistione si è fatta in forza di pura estimazione di fatto, dicendovisi, che non *esistono affatto gli elementi costitutivi dei reati di falsità*, de' quali *Cocola* e *del Monaco* erano accusati: «

« Che manca però la esposizione del fatto che avrebbe dovuto dar ragione di quella estimazione degli elementi de' quali si ragiona, mancanza tanto più censurabile, quando più fa rimanere difettiva la motivazione, sì che per ben comprenderla convien ricorrere al processo: »

« Che questa censura si risolverebbe in annullamento per la prima parte dell' art. 293 pr. penale, benchè questo sia collocato sotto la rubrica delle decisioni definitive pronunziate dietro pubblica discussione: ma la giurisprudenza e la ragion della legge ne rende la prescrizion comune a tutte le decisioni definitive: »

Che perciò la nullità riguarda una forma di rito: imperocchè le dispositive assolutamente mancanti di motivazione sono viziate da nullità d'ordine pubblico preveduta dall'art. 219 della l. organica; le mal motivate, e le motivate moncamente non sono che nullità di rito, come quelle che risguardano la pienezza della motivazione. Or nella impugnata decisione non manca assolutamente la motivazione: ma ella è certamente monca ed inesatta. Se non che quello che vi è di motivazione mostra per fermo, non avere la gran-corte risoluto altro che una quistione di fatto: »

« Che stando così la cosa, gli art. 318 e 319 pr. pen. dichiarano non competere al ministero pubblico nè alla parte civile ricorso; essendo risoluzione di quistione di fatto la decisione assolutoria per deficienza di materia punibile: »

« Che questi art. 318 e 319, scritti anch'essi per le decisioni definitive dietro pubblica discussione, debbono esser la regola de' ricorsi del ministero pubblico anche per quelle le quali son pronunziate prima della pubblica discussione, specialmente quando la nullità dal ministero pubblico rilevata, sia trasportata dalle decisioni del primo genere, a quelle del secondo, com'è la nullità per motivazione difettiva:

Per queste ragioni il ricorso del ministero pubblico fu dichiarato irricevibile.

rio il fissare i principii logici, da' quali dipende la convizione del fatto. Questi son ridotti a canoni legislativi dall' art. 392 proc. pen. Noi li tratteremo a' nn. XIII, XIV e XV.

7. Quindi per la retta motivazione del fatto debbonsi avvertire due prescrizioni legislative. — La prima è, che il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni debb' essere espresso nella decisione. È dunque inutile ogni altro fatto dal quale tal risoluzione non deriva. — La seconda è che alcun fatto non può esservi espresso, che non sia stato esaminato in pubblica discussione, meno che non si tratti di fatti non messi in controversia. Dunque i fatti non impugnati dalle parti, ed i fatti da' quali non dipende la risoluzione delle quistioni, non entrano in alcuna delle due prescrizioni, le quali sono sancite dall'art. 293.

8. Della prima di queste prescrizioni abbiam ragionato tutte le volte che si è trattato di motivare o il rigettamento o la ammessione d'una eccezione, ovvero i caratteri legali del reato, come p. e. la motivazione della premeditazione o della scusa di un reato di sangue, del nesso tra il furto e l'omicidio nel caso dell'art. 418 ll. penali, della complicità, ec. ec. Queste son quistioni più di leggi penali, che di leggi di procedura, perchè de' caratteri del reato si vuole la motivazione — Vedi i nn. III, XIV, XXIII, pag. 21, 101, 145, i nn. IV, X, XII, XXII, pag. 173, 196, 205, 277, i nn. XXI, XXIII, XXV, XXVI, XXIX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXVI, XXXVII. pag. 411, 420, 427, 432, 439, 443, 450, 458, 464, 467, i nn. VIII e XXII, pag. 532 612, ed il n. precedente, § 19 a 21 pag. 680 — A questi aggiungeremo i nn. XVI e XVII.

9. Della seconda prescrizione abbiamo ragionato ne' nn. VII ed VIII pag. 61, 63 nei nn. XI e XXIII pag. 200, 281 ne'nn. I, II, VIII, IX, X pag. 315, 326, 365, 369, 374, ne' nn. X e XVI pag. 550, 586, § 18 pag. 692 — Vi aggiungeremo ora i nn. XVIII, XIX e XX.

10. *Disapprovazione.* — Ne abbiamo indicati i principii nella nostra *Procedura penale*, I, 477, e III, 1354. Dell'applicazione di essi abbiam ragionato nel num. XXXIII, § 1 a 4 pag. 458, ed in molti altri luoghi dell' opera; e ne ragioneremo pure al n. XVIII.

SOMMARIO

—

XII.

Quando l'errore nella motivazione si risolva in nullità d'ordine pubblico.—*Art. 219 l. org.*

1. Signori 1), tutta la motivazione della decisione che rigettò l'appello del ricorrente in causa correzionale, è nelle seguenti parole: *Atteso che i motivi di appello sono insussistenti.* Ma della sussistenza di essi si disputava per l'appunto. Adunque si è preso per ragione del rigettamento dell'appello, quello stesso ch'era messo in controversia: *probat causam per causam, idest id quod quaeritur per illud ipsum quod quaeritur* 2). È un *idem per idem*, e per servirci della frase logica, una *petizione di principio*.

2. In questa decisione ella si offre sì nuda, che il vizio si manifesta per verità d'*intuizione*. La quistione era se i motivi fossero sussistenti o insussistenti, e se dovessero o no rigettarsi. E si sono rigettati e sono stati dichiarati insussistenti pel solo motivo che sono insussistenti, e debbono rigettarsi. Non vi abbisogna l'ingegno di PLUTARCO per ravvisarvi un *circolo vizioso*, com' ei fece in molti ragionamenti degli Stoici 3).

3. Adunque questa motivazione non è che un suono vano di voci, che non dice altro se non quello stesso che era messo in quistione. Non siamo dunque nel caso di una motivazione difettiva, o perchè tutto il fatto non fosse espresso, o perchè fosse mal espresso, o perchè non esponesse tutti gli elementi de' quali è composta l'idea complessa della ipotesi della legge. Se fosse ciò, o vi sarebbe nullità di procedura o di legge penale, o disattenzione soggetta a disapprovazione. Noi distinguiamo da questi i casi della mancanza assoluta di motivazione, i quali possono ridursi a tre classi. La prima si avvera, quando si ritengono nella motivazione fatti così contraddittorii fra loro e sì inconciliabili, che l'uno escluda l'altro, nè possano stare insieme *per la contraddizion che nol consente*; e voi, avete giudicato, che questo non è difetto nella motivazione, ma non è convizione incerta, e mancanza assoluta di motivazione 4). La seconda classe si avvera, quando la motivazione poggia sopra fatto che *in rebus humanis non est, et rerum natura non patitur* 5). Come allora trovarvi un semplice difetto di rito? È difetto di senso comune, che rende la decisione non motivata affatto 6). La terza classe è quella nella quale cade la decisione ch'esaminiamo. Non abbiam mestieri di lunghi ragionamenti per dire che tal decisione non sia motivata. Basta rilevare ch'ella non è altro che una *petizione di principio*.

4. Mancando dunque la motivazione, la nullità è d'ordine pubblico, perchè è violato l'art. 219 della legge organica; e dimando l'annullamento della decisione 7).

—

1) Conclusioni nella causa di *Vincenzo Martelli*, 11 luglio 1832, DI GIOVANNI comm., NICOLINI m.p.

2) SEXT. EMPIRICUS, *Pyrr. hypoth.* lib. 3, c. 3.

3) I nostri Logici lo chiaman pure *rivolgimento del pestello*, il quale quando è intorno intorno agitato per entro al mortaio, torna sempre là onde partì; frase de' Greci. — Tale sarebbe p. e. il dar per motivazione: *Considerando che il procedimento non contiene nullità*. Arresto del 19 genn. 1834, *Giustiniano de Nigris*, FRANCHI comm., NICOLINI m. p. — Tale, se tutta la motivazione fosse: *Considerando i motivi di appello non esser fondati in fatto, nè in dritto.* Arresto del 17 giugno 1835, *Pasquale Buttino*, MORELLI comm., NICOLINI m. p. ed arresto del 4 giugno 1838, nella causa di *Antonio Orazio Cappelli*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p. — E quando si esclude la scusa della rissa, perchè il ferito fu il primo ad ingiuriare, dir solamente, *Considerando ch'egli cominciò con un'ingiuria*, è pure un *idem per idem*, ove non se ne indichino le parole e le circostanze, e quindi non si estimino come intese a diminuir l'altrui stima. Arresto del 19 giugno 1837 nella causa di *Maria-Rosa Cimeglia*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p.

4) Molti arresti stabiliscono questa teoria, riportati nel *Supp. alla coll. delle ll.* — Arresto del 18 novembre 1835, *Gioacchino di Placido*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p.

5) L. 2 e 3, D. XLIX, 8, *Quae sententiae sine appellatione rescindantur.*

6) Arresto del 27 agosto 1834, *Onofrio Canonico*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p.

7) Così venne deciso.

XIII.

Criterio morale nella risoluzione l' annullamento della quistione di fatto — *Art. 292 pr. pen.*

Sezione I.

Stato della quistione.

1. Signori 1), campo di controversie d'alta filosofia è diventata questa mane la corte suprema di giustizia. Vico e Genovesi, Reid e Cousin, Rosmini Galluppi e Mamiani della Rovere sono i campioni, che quai mallevadori della difesa d'un fratricida, ha schierato a' suoi fianchi il giovine valoroso incaricato a sostenerne il

1) Conclusioni nella causa di *Germono Lena*, alla pubblica udienza della corte suprema, 13 gennaio 1840, Celentano comm., Nicolini m. p., Antonio Fazzini avv. del ricorrente. — Questa fu l' ultima causa in cui si udì nel fòro la voce di un giovine di tante speranze. Colpito qualche giorno dopo da grave e dolorosa malattia, ella non protrasse più altri di l'estremo suo fato, che per far anche ammirare la di lui religiosa e filosofica costanza: ei morì nel dì 20 del febbraio seguente, entrato appena nel suo anno ventottesimo. E pure in sì breve età lasciò alla gioventù studiosa l'esempio di quel che possa un felice intelletto, quando le sue facoltà sviluppate vengono insieme, e l'una per l' altra, senza che per la coltura esclusiva e prematura d'una o di due, soffogate le altre intristiscano.

Egli nacque in Viesti, città marittima di Capitanata, in dicembre 1812. Il suo fratello Lorenzo vistane l' indole egregia, nel 1820 lo chiamò in Napoli, ove già insegnava con plauso le scienze filosofiche, e particolarmente le matematiche e le fisiche. Cominciava allora a formare a sue spese quel gabinetto di macchine, che poi divenne il più copioso e frequentato della nostra capitale, e gli porse occasione di non volgari scoperte elettro-magnetiche. Antonio non preteriva gli studii della sua età, e di mano in mano riscuoteva i primi onori fra i suoi compagni nelle lingue greca e latina, nella inglese, nella francese: a' più puri fonti della nostra aurea favella bevea di questa l' eleganza, tenendosi per tal modo purgato del contagio che si apprende facilmente ne' giovani al contatto troppo passionato di autori stranieri.

Se non che quel che più giova rammentarsi, è che diretto dal fratello nel sentiero difficile della prudenza civile, non assiderava, per servirmi delle espressioni di Vico, con studii troppo astratti, anzi tempo tutto il più rigoglioso d'una mente giovanile, ma promoveva in prima la memoria, ed insieme la fantasia, co' poeti, co' geografi, cogli storici, cogli oratori, mentre aguzzava l'ingegno e segnava ad esso la norma con la geometria, vera logica pratica, propria di quella età, e regolatrice della immaginazione. Rammento ancora con commozione, che giovinetto poco più che trilustre, già brillava non solo ne' poetici componimenti, i quali per le cose e per le parole erano ben altro che tuaanreggiamento di pampani, ma anche nelle accademie di fisici esperimenti; perchè in essi, ove le macchine permettevano di associarvi la favola e la storia, com'è p. e. il *Tellurio*, muoveva e spiegava quelle ei medesimo con metodo singolare, e con una erudizione spontanea, tanto più grata, che la facilità ed aggiustatezza delle espressioni venivano accompagnate da quel sorriso ed ingenuità quasi infantile, indizio d'anima candidissima, che non lo abbandonò mai fino al sepolcro.

Così negli studii maggiori e fra le cure del fòro egli entrò arricchito di tutta la fraterna suppellettile. Lo studio legale per lui non fu che una filosofia applicata all'arte di stato nel mantenimento degli ordini civili. Perciò lo ferì subito il *Dritto penale* di Pellegrino Rossi, opera eminentemente filosofica, ma dettata da un cuore che sente, non traviato nel laberinto delle opinioni, nè inaridito da metafisiche astrattezze. Egli fu il primo che lo volse in italiano, e non aveva ancora venti anni: l' autore illustre non gli fu parco di lodi sì per la fedeltà della versione, e sì per lo stile. Antonio frequentava con ardore le mie lezioni, ed io poi ne riudiva i principii eloquentemente ed appositamente sviluppati, fra le benevolenze de' miei colleghi e gli applausi del pubblico nelle difese che gli erano commesse delle cause più gravi in corte suprema: spettacolo per me assai grato: *Quid enim iucundius, senectute stipata studiis iuventutis?* Dante e Vico erano i suoi autori: quindi gran forza e precisione nel dire, e somma facilità in ricondurre a' principii le quistioni più complicate. Il che è pur dimostrato dall'analisi ch'egli pubblicava ne' nostri giornali letterarii delle opere migliori che uscivano alla luce, e dall'esame de' costumi e dei monumenti antichi e nuovi, fatto in occasione di alcuni suoi viaggi nel regno. Maggiore poi dell'età, e splendida d' idee felicemente ardite, fu riputata la sua filosofica dissertazione, *Delle confessioni spontanee de' rei.*

In mezzo a questi studii gli morì il fratello Lorenzo, sostegno unico della famiglia. Universale ne fu il compianto, chè amato non pure, ma creduto necessario da molti per la instruzione della gioventù, incontaminato e benefico ei scendea nella tomba. Le sue virtù vennero celebrate da' chiaris. marchesi Puoti ed Emm. Taddei, il quale ad esempio del Thomas nell'elogio di Cartesio, ci fece conoscere lo stato presso di noi delle scienze filosofiche fino a lui, ed il progredimento che avevan fatto con lui: il cav. Donizzetti spontaneo si fece interprete del pubblico lutto con una musica

ricorso. Preso per tema l'art. 292 della pr. penale, ei vi trova la somma di tutte le regole logiche dell'arte analitica e sintetica, e del criterio d' ogni verità, e le dice violate dalla decisione che condanna il suo cliente all'ultimo supplizio. Succeduto ad un fratello illustre, di cui con tanta lode ei continua le filosofiche lezioni, or qui le trasporta, dando ad esse una forma popolare e forense, non disconveniente a quistioni di dritto. Io non seguirò ad uno ad uno tutti i ragionamenti ond' egli ha arricchito la sua nobile aringa. Mi limiterò a quanto qui permette il mio ufizio.

2. La gran-corte criminale di Terra di lavoro ha dichiarato *constare*, che *Germano Lena* abbia commesso omicidio premeditato in persona di *Giuseppe Lena*, suo germano. I fatti particolari che motivano questa dichiarazione di reità, sono in prima il carattere insofferente dissipatore libertino del reo, giovine che avea varcato appena i venti anni, vivente ancora nella casa paterna, in compagnia e in tutela del fratello: costui già maritato e con figli, reggeva solo, dopo la morte del padre comune, la domestica economia. Ma resistea con fermezza alle dissipazioni di lui, negandogli spesso il danaro, che sapeva non esser richiesto a buon uso. E *Germano* ne montava in furore, e lo maledicea imprecando, e correa fama che avesse già tentato di avvelenarlo insieme con la moglie. Frustrato di sì reo disegno, si addestrava al maneggio delle armi da fuoco, non dissimulando di volersene servire contro il fratello.

3. Nella mattina del dì 27 marzo 1838

ammirabile, la quale diede in chiesa il più alto grado di solennità agli onori funebri renduti al defunto da' suoi numerosi discepoli. Diretta dal gran maestro medesimo, potette dirsi tutta inspirata da quel profondo dolore che non perde intensità, ma si spoglia di quanto ha d' umano e terrestre nel seno della religione.

Intanto la gioventù studiosa, dolente di tanta perdita, desiderava in quel gabinetto un continuatore delle lezioni di LORENZO. Se ne divisero il carico i due fratelli ANTONIO e GAETANO, il primo nelle scienze filosofiche e morali, il secondo nelle matematiche, e pur nella fisica, della quale poco dopo, recandosi in Parigi, accrebbe il gabinetto con altre macchine, e particolarmente col *Dagherrotipo*, introdotto fra noi la prima volta da lui, e da lui maneggiato con singolare facilità e maestria, fattone dotto dallo stesso illustre inventore, non senza utili e suoi proprii miglioramenti. Le due cattedre vennero aperte in novembre 1838 con una *Prolusione* pronunziata da ANTONIO, e divulgata tosto per le stampe, ove distinti in quattro classi, o meglio periodi, i sistemi d'ogni filosofia, ne descrisse il corso e il ricorso, e si propose seguire nell'insegnamento l'ecclettismo di COUSIN, temperato però da' ricordi dell' estinto germano: ricordi ch'egli espresse con sì sentite e dolorose parole, che in quella folta corona di quanto ha più di eletto la napolitana letteratura, trasse da ogni ciglio le lagrime.

Nè tante cure lo distoglievano dal fòro. Quando si trattò in corte suprema questa causa di *Lena*, era in Napoli il duca *de Broglie*, le cui virtù domestiche e cittadine, ed i scritti e le gesta lo innalzano fra i primi e più eminenti personaggi di Europa. Egli aveva onorato lo studio privato dei due FAZZINI, e dotto quanto egli è, e protettore dei dotti, si era trattenuto più volte, insieme coi figli suoi, fra gli esperimenti eseguiti nel loro gabinetto. Amò udire ANTONIO anche alla sbarra d'una corte di giustizia. Quindi per omaggio all'inclito straniero, nella causa si ragionò, più forse che non richiedeva il bisogno, della differenza tra la nostra procedura penale e la francese, riportandole a' loro principii. Ed il grand'uomo commendò molto sì le nostre instituzioni, e sì il giovine filosofo ed oratore; benchè mostrasse chiaro di non parteggiare, checchè altri ne senta, per alcune sue conseguenze, che procedevano non sempre vere: ma la scelta dei mezzi non era del difensore, e la necessità della difesa nelle cause criminali non ne ammette spesso migliori; lodate non per tanto per l'arte di dar loro sembianza di vero. Ultimo alloro che ANTONIO raccolse! Avesse almeno avuto il tempo di dar l'ultima mano alla *Storia di ogni filosofia*, ch'ei dettava agli alunni suoi, ed il cui solo disegno è rimasto testimonio della vastità di sua mente, e dell'amore con cui coltivava questi studii!

Poche settimane dopo di questa causa di *Lena*, le persone più notabili nelle lettere e nel fòro, lagrimose si recavano in folla a rivedere per l'estrema volta le sembianze già esanimate di giovine sì caro, cui finanche l'invidia avea perdonato sempre lo splendore dell'ingegno e la fama prematura: tanta modestia, tanta temperanza e dolcezza era ne' suoi costumi e negli atti e ne' detti. L'avvocato EUGENIO RAFAELLI, figlio dell'illustre autore della *Nomotesia penale*, amico e compagno del defunto, al cenno unanime, benchè tacito, di tutti gli astanti, ruppe il lugubre silenzio, e pronunziò estemporaneamente, misti alla commemorazione delle virtù di lui, ed interrotti da' singhiozzi comuni, gli accenti dolorosi dell'ultimo *vale*. Raccolti subito, vennero pubblicati la sera. Gli altri amici, e particolarmente l'egregio CESARE MALPICA, ne scrissero con grande affetto: per essi i nostri giornali furono più settimane occupati del diletto compagno, ahi! non più altro che un nome. Vita brevissima, ma modello a' giovani di costume, di religione, di sincerità, d'amicizia, di zelo nell'insegnamento e nelle difese, d'ordine negli studii, e di compiuta instituzione.

egli prese in prestito uno schioppo sotto pretesto di caccia, e lo ritenne sino all'imbrunir del giorno, non discostandosi mai da una casa amica presso al tetto paterno. Di là vide che da questo usciva *Giuseppe* per faccende domestiche. E tosto il reo giovine vi s'introdusse armato, ed aperta la porticina del giardino, quivi dietro si mise in aguato. Tornò l'altro, risalendo sicuro le scale dell'appartamento. Ma non pervenne alla prima rivolta, che un colpo di schioppo lo raggiunse e l'uccise.

4. *Germano* volò subito a deporre l'arme mortifera; e di poi, quasi fosse ignaro di tutto, alle grida dolorose di cui tutta intorno rintronava la sua casa, accorse sollecito. La gendarmeria vi giunse dopo di lui, quando egli si era già ritirato nella sua stanza, sfogandosi pure in lamenti e singhiozzi. Chiamato fuori per dare a quel capitano notizia degli autori del fatto, grande fu la sua agitazione e il ribrezzo, tosto ch' egli si vide innanzi al fraterno cadavere; tal che il capitano di tai segni dell'animo espertissimo, riconobbe subito che falsi erano i suoi lai, e che lo sbalordimento e la confusione portavano in lui l'impronta di ben altra causa che dell'affetto fraterno: era sospetto, era forse rimorso, era tremore e presentimento del destino che conseguitar doveva il misfatto. Fiutate le mani di lui davano il lezzo di polvere da sparo di recente trattata. La gente accorsa, conscia del suo costume perverso e delle domestiche discordie, lo accusava unanime, tanto più che l'ucciso non avea nemico, che facesse supporre in altri che in lui l'autore di sì atroce vendetta. Così ei venne arrestato.

5. *Germano* negò di aver avuto parte nell'avvenimento; e poi con tredici posizioni a discolpa tentò non pure di snervare la fede de' testimoni, ma anche di rivolgere contro altri l'imputazione. Due posizioni però sono più notevoli, la prima e la decimaterza. Con la prima si accusava di calunnia la fama dell'avvelenamento (§ 2); ed un medico giurò, che chiamato egli qualche mese addietro a'sintomi convulsivi che dietro un pranzo si risentivano da *Giuseppe Lena*, non rinvenne nel lor carattere, nè ne'cibi rimasti segno alcuno di veleno. Con l'ultima ci sosteneva molti e sanguinarii essere stati i nemici del fratello; ma due testimoni non affermarono altro, se non che otto mesi innanzi era stato a costui vibrato in campagna da mano ignota un colpo di schioppo, quale andò a vòto.

6. Intanto nè di questo colpo, nè del tentato veneficio si fa menzione nella motivazione della decisione. Vi si parla bensì delle cagioni inique dell'odio che l'accusato nudriva contro il fratello, delle minacce, dello schioppo preparato, dell'aguato, della fuga, del ritorno in casa, della polvere di cui avea graveolenti le mani, del suo imbarazzo alle prime interrogazioni della gendarmeria in faccia alla vedova ed a vista del sangue vivo ancor grondante da quell'ampia ferita, di alcune sue contraddizioni ne'successivi interrogatorii, del giudizio del pubblico fin dal primo momento che fu conosciuta l'uccisione, giudizio non attenuato, ma rinforzato dal tempo, e della inesistenza di ogni altro nemico. Da questi fatti, ma senza espressamente mentovare la prima nè la decimaterza posizione a discolpa, è dedotta la dichiarazione di reità testè riferita (§ 2).

7. Entrare in sì minuti particolari sarebbe vano nella corte suprema di Francia, e dovunque la dichiarazione di reità non dee motivarsi. Dove la dichiarazione di reità non dee motivarsi, ella ha sembianza più d'instintiva, che di ragionata; non perchè appartenga anche quivi alla facoltà discorsiva dell'intelletto, ma perchè le induzioni ed il ragionamento, per cui la proposizion generale ed astratta dalla legge si riduce con le sue parole medesime a proposizione particolare relativa alla causa, rimangono chiuse in petto a'giurati, e si lasciano ignorare a chi legge la decisione 1). Quivi dunque non facendosi conoscer le ragioni onde l'umano arbitrio, di sua natura incertissimo, siasi accertato e determinato nella causa, la quistione di fatto può dirsi più che altrove in arbitrio del giudice. Se non che nemmen fra noi, dove si esige che

1) La ragione per cui si scende a sì particolare discettazione, è indicata nella prima *nota* di queste conclusioni.

essi prima tutto il discorso dell'intelletto il credere o non credere un fatto può essere imposto dalla legge, se pure ella non voglia render legale la menzogna, con obbligare i giudici a pronunziare come certo quel che per essi non è certo, e come evidentemente provato, ciò ch'essi credono dubbio. La legge nostra li obbliga a distinguere e numerare tutte le idee che compongono la proposizion generale della legge, non per creare in essi una convizione che non hanno, ma per accertarsi ch'essi veggon chiare tutte le condizioni di quella proposizion generale; e l'esprimere che queste siensi ad una ad una verificate nella causa, è un freno all'arbitrio, dando a voi il potere di riconoscere, che al definir p. e. premeditato il tale omicidio, essi non si sono ingannati nel valor legale delle voci che disegnano la premeditazione, nè ingannati nel concorso delle condizioni che ne verificano la sussistenza. E questo è *motivare*, vera guarentigia appo noi della sincerità e della fede de'giudici.

8. Non è dunque che la legge nostra dica a'giudici: *convincetevi*, ovvero, *non vi convincete con questa* o *con quella pruova*; ciò sarebbe contro la natura della cosa. La legge dice lor con Bacone: *iudices sententiae suae rationes adducant, idque palam et adstante corona, ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et existimatione sit circumscriptum.* E così *lex optima minimum relinquit arbitrio iudicis* 1); così solo ciò che di sua natura è affare d'intimo senso, si dà in guardia al pudore, come natura fa in tutte le cose di coscienza, e questo pudore è la vergogna di comparire in pubblico o capriccioso o evidentemente iniquo; così la corte suprema può riconoscere se siasi insinuato nel fatto qualche errore di dritto, per cui venga giudicato non necessario nella causa l'avveramento di qualche condizione essenziale dell'ipotesi della legge, o necessaria qualche altra che la legge non esige.

9. Or tutta la forza del ricorso del condannato è nell'analisi della motivazione della dichiarazione di reità. Egli in prima attacca il convincimento de'fatti particolari che compongono l'ipotesi della legge avverata nella causa, o sia quella parte appunto della motivazione, che da niuna legge può esser sottratta all'arbitrio del giudice. Viene poscia ad aggiungere al dovere della motivazione della dichiarazione di reità, anche l'altro di mentovare ad una ad una tutte le posizioni a discolpa, e motivarne il rigettamento, dal che conchiude essere stato arbitrario l'oblio della prima e della decimaterza posizione (§ 6). Con la prima serie di motivi di annullamento sostiene violati gli art. 292 e 327 pr. penale; con la seconda l'art. 330. Discorrerò brevemente sì l'uno, che l'altro assunto.

Sezione II.

Prima serie di motivi per annullamento: illegalità del convincimento.—*Violazione degli* art. 292 e 327 procedura penale.

10. L'art. 292 è così conceputo. *I giudici risolveranno tutte le quistioni di fatto secondo il loro criterio morale*: *la parte della decisione colla quale si decidono le quistioni di fatto, non è soggetta a ricorso per la parte che riguarda la convizione de' giudici.* Segue l'art. 327: *Se la definizione del reato è in contraddizione co'fatti espressi nella decisione impugnata, la corte suprema pronunzierà esservi nullità nell'applicazione della legge.*—Il ricorrente decompone a parte a parte i fatti elementari della dichiarazione di reità espressi nella motivazione della quistion di fatto, e cerca dimostrarli mal provati e dedotti fuor d'ogni regola di criterio morale, e poi ne censura la somma come di elementi contraddittorii fra loro. Eccoci dunque nel dovere di rammemorare ciò che la legge intende per *criterio morale*, e di disvestire i dubbii che si fan sorgere intorno alla concordanza di più fatti nel concetto unico espresso colla dichiarazione di reità 2).

11. Tosto che la legge esige che nella motivazione della dichiarazione di fatto si esprimano verificati tutti gli elementi nei quali si risolve la proposizione generale della legge, uno d'essi che ne manchi,

1) Aph. 8 e 38.

2) V. la *nota* in fine del § 7.

uno di essi che venga espresso in modo dubitativo, uno di essi espresso affermativamente, ma distrutto da un altro negativo, o renduto incerto da un altro dubitativo, fa sì che il certo si faccia nascer dal dubbio, il sì dal no, o il no dal sì, e che tal conseguenza sia affatto contraria alla premessa, o più ristretta, o più ampia. Data dunque la necessità della motivazione, questa specie di censura del giudizio di fatto, ignota nella Francia, diventa ordinaria appo noi. Nè altra è la *contraddizione* di cui parla l' art. 327; error logico, elevato a nullità della nostra procedura, perchè si definirebbe la reità secondo una legge, della quale nel fatto non si sono verificate tutte le condizioni, o verificate tutte, si è creduto non esser ciò sufficiente all' applicazione della pena. Tal nullità è di assai semplice indagine, anzi è quasi intuitiva: *esistono o non esistono in realtà nella motivazione gli elementi positivi di fatto, de'quali si compone l'ipotesi astratta della legge?* La qual quistione non può farsi mai ove il rito permette la soppressione delle ragioni che muovono il giudice alla dichiarazione della reità o della innocenza: imperocchè come affermare che di una delle condizioni della legge il giudice di fatto non siasi convinto, o che abbia distrutta la sua convizione con un'altra opposta, se l'avveramento particolarizzato di ciascuna delle condizioni è ignoto?

12. Or quali sono gli elementi ne'quali si risolve la dichiarazione di reità della quale ci occupiamo? I, morte violenta d'un uomo, II, a colpo di schioppo, III, cagionata volontariamente, IV, da un suo fratello germano, V, con disegno formato prima dell'azione. Non vi è una sola di queste idee particolari, la quale nella motivazione non sia espressa positivamente, nitidamente, e senza dubitazione o esitanza alcuna; e tutte sono logicamente condotte e riunite nella formola terminativa della dichiarazione di reità contra quest'uomo.

13. Ma molte di esse, replica il ricorrente, non sono state accertate legalmente, e perciò sono accertate contro il *criterio morale*. — Qui parmi che lo zelo della difesa abbia fatto confondere la legalità delle pruove la quale dipende dall'autorità della legge, con l' estimazione delle pruove già riconosciute legali, la quale dipende tutta dalla coscienza del giudice. Sì fatte legalità, dalla prima ch'è la scaturiggine di tutte, fino all'ultima a cui tutte mirano ed in cui tutte si riuniscono, si riducono a sette. La legge comincia dal dettato, che niuna pruova possa esser discussa, se non è indicata nelle note della parte pubblica e delle parti private. comunicate a vicenda: la seconda legalità delle pruove è che sia data abilità alle parti di farle depurare con libere ripulse: la terza, che niun testamento possa fornir materia di discussione, se non debitamente citato a questo fine: la quarta ch'ei debba deporre in udienza pubblica, innanzi a tutti i giudici della causa, in presenza del ministero pubblico e dell'accusato: la quinta, che ogni testimone debba essere interrogato con giuramento, e con quel metodo che la legge stabilisce, come più atto ad evitar la sorpresa e la mala fede: la sesta che sia data facoltà a'giudici ed alle parti di confrontare i testimoni fra di loro e col reo, e riceverne le spiegazioni utili alla causa: la settima che nulla possa entrare nella motivazione della decisione, se non sia stato esaminato in sì solenne esperimento. Tutto ciò ch'è chiuso in questo settemplice confine, tutto ciò che non va oltre di questo, è abbandonato alla estimazione del giudice.

14. Imperocchè se il credere o non credere è un sentimento dell' animo, la legge, ond' evitare le cause generali e particolari dell'errore, del sopruso e della mala-fede, stabilisce queste legalità: ma fatto ciò, può ella imporre al giudice: *credi o non credere* ovvero, *scrivi l'opposto di quel che senti* (§ 7)? I fatti umani sono così varii, e da tanti e sì diversi indizii ne dipende la certezza, che sempre è vero ciò. che ad un giudice rescriveva l'imperatore Adriano: *Dopo che hai ricevuto le norme della esaminazione de'testimoni, non può affatto definirsi quali argomenti, e in che particolar maniera provati, debbano essere sufficienti a convincerti. Spesso, ma non sempre, senza pubblici documenti il vero si scuopre: qua il numero de' testimoni, là la dignità e l'autorità, talvolta la semplicità ingenua dell' innocenza, talvolta la prudente esperienza di osservatrice abi-*

ludine, tal altra la opinion pubblica lungamente concorde, può confermar la fede di ciò che ricerchi. Sovente il detto di alcuno è smentito da'sembianti, che soglion esser testimoni del cuore; non di rado un cenno, uno sguardo rivela il favore, l'odio, la suggestione; lo stesso disordine e le correzioni possono dar segno della sincerità di chi non prevenuto viene in giudizio, come l'ordine delle idee e la nitidezza di concordi parole discuoprono il concerto di meditato o suggerito sermone. La somma di tutte le regole si riduce a ciò, che non dovrai mai legarti ad un sistema nè ad una forma prestabilita di convizione, ma secondo il sentimento tuo intimo, regolandoti da ciò ch'è più atto alla cosa e ch'è più prossimo al vero, ammetterai ciò che credi, e rigetterai ciò che mal provato ti sembra 1).

15. Questo passo di Adriano si legge tradotto alquanto più diffusamente nella tabella che in Francia è affissa nella camera delle deliberazioni de'giurati: nelle nostre leggi antiche venne compendiato nella definizione degl'*indizii indubitati*, che da una prammatica del 1621 furon detti *quelli che provati legittimamente* (cioè forniti delle legalità sopra discorse (§ 13) o di altre cui la legge piace sottoporli) *inducono la mente del giudice a credere fermamente, quietando il suo intelletto in questa ferma credenza;* frase dantesca 2), ridotta già per tutte le verità storiche a formola generale e filosofica da Vico nel famoso dettato: *la coscienza sicurata da ogni dubbio genera il certo* 3).

16. Ma come lo genera? Qual'è poi il contrassegno ultimo che la certezza siasi acquistata? Quistioni logiche son queste, che la procedura, logica pratica de' giudizii, non potea fare a meno di prendere in mira e risolvere.

17. Come la coscienza lo genera? Qui *coscienza* è presa sotto l'aspetto di senso intimo delle operazioni discorsive dell'intelletto; e qui vengono tutte le regole dell'arte critica, distinte in regole di preparazione de'mezzi del giudizio di fatto, ed in regole del medesimo giudizio ultimo del fatto. La somma delle prime è in quelle legalità da osservarsi nella ricerca, nel depuramento e nella presentazione della pruova, le quali abbiamo sopra numerate (§ 13); e tutto questo è sottoposto all'impero della legge. Ma osservate sì fatte condizioni e riconosciuta in tal modo legale la pruova, l'affermar certo questo o quel fatto da tal pruova dipendente, non è più della legge, è della facoltà induttiva e ragionativa del magistrato: egli solo si acqueta a'fatti singoli, ne forma un fatto composto, ne determina le cagioni e gli effetti, non tanto pel detto d'uno o di più testimoni, quanto perchè l'uno si trova in tante guise connesso e quasi addentellato cogli altri, che ne risulta un complesso di segni e di note del vero, rispondenti fra di loro con proporzioni certe, e quasi direi con determinata armonia. Questi segni e queste note a misura che si ripetono e si succedono di fatto in fatto, diventano più sentiti e più forti, fino a tanto che ogni fatto individuo, troppo incompleto da sè e troppo incerto nelle sue cagioni, si avvera e si fortifica nel concorso e nel consenso di tutti gli altri. Questa operazione ultima, parte essa pure dell'arte critica, è quella che *nullo certo modo satis definiri potest*, e che l'imperatore commise tutta alla intelligenza ed alla coscienza del giudice *tu magis scire potes, et ex sententia animi tui aestimabis* 4).

18. Qual è poi il segno, la nota, il crogiuolo, onde alfine discernere il falso dal vero, e dir che quello ch'era dubbio siasi convertito in certezza? Non è, nè può esser altro, che la *coscienza* stessa del giudice sotto l'altro aspetto di sentirsi sicurata d'ogni dubbio. Questo è il criterio d'ogni certezza morale, e perciò la coscienza sicurata da ogni dubbio è detta dalla nostra legge, *criterio morale*.

1) L. 3 e 21, D. XXII, 5, *De testibus*, congiunta alla l. 10, § 5, D. XLVIII. 18, *De quaestionibus*.

2) Pragm. 12, *De officio iudicum*. — Disse Dante: *Nel vero in che si queta ogn'intelletto*. Paradiso XXVIII, 18.

3) *Certum gignit conscientia dubitandi secura.* Vico *De uno un. iuris pr.* in proloquio. — Dee giugnere a tale il sentimento intimo, *ut in ea, tamquam in vera sententia*, QUIESCAT: *tunc iudex plus investigare non curet*, dicevano i nostri forensi. De Rosa, *Crim. decr. praxis*, I, cap. 30.

4) D. l. 3, D., XXII, 5, *De testibus*.

Criterio non è che contrassegno: *criterium*, *quasi tessera*, disse il nostro Genovesi 1).

19. Dal che deriva che l'arte preparatoria al giudizio di fatto è tutta regolata dalla legge. L' arte di formarlo n' è pur regolata in quanto che rigetta tutte le contraddizioni e disconvenienze prevedute dall'art. 327 (§ 11); ma in quanto al resto del giudizio di fatto, l' unica regola che dà e può dare la legge, è il *tu magis scire potes* di Adriano (§ 17). E perciò se ne'giudizii non si cerca che la verità, e di tutte le verità la prima è l' espressione della lingua d' accordo col pensiero, non può di sua natura esser censurabile una motivazione la quale va significando ciò che dentro ci detta l'intimo senso. Quindi appo noi la decisione del fatto è soggetta a ricorso in quanto che o non è motivata, o non contiene tutti gli elementi della ipotesi della legge, o il metodo prefinito non vi è serbato, il che riguarda le legalità di essa; non vi è soggetta in quanto al convincimento tratto da pruova legale e sentita pienamente secondo il criterio del giudice.

20. Per le quali cose non appena che nella causa presente non troviamo un fatto il quale derivi da pruova illegale, non uno che sia in contraddizione dell'altro, non uno che non sia stato esaminato in pubblica discussione, abbiamo già accertata l' osservanza del metodo, quale lo impone la legge. Nè in ciò diverso è il principio della ricerca d'ogni altra specie di vero. Le regole non possono darvisi che per l'ordine della investigazione, per la esattezza del metodo, per la scelta e la depurazione de' mezzi de' quali ci serviamo convenientemente alla cosa. Quando poi giungiamo al testimonio umano, e dobbiamo giudicarne, non troviamo in noi altro giudice che il nostro intimo senso, nè altro criterio del vero che la nostra coscienza sicurata del dubbio. Nelle stesse verità astronomiche l'arte c'insegna la bontà degl'istrumenti, il luogo e la maniera esatta di adoperarli, e le regole di osservazione. I fenomeni poi che ci si riferiscono veduti qua e là dagli astronomi, e le deduzioni di fatto che se ne tirano, possono essere soggetti a pregiudizii ed errori, e Piazzi che qui o in Palermo li raccoglie, in tanto li crede in quanto che *naturae negotii conveniunt*, *et rei aptiora et vero proximiora esse compererit*, e se vi è diversità nelle altrui osservazioni, *non ad multitudinem respicit*, *sed ad sinceram testimoniorum fidem*, *et quibus potius lux veritatis adsistit* 2).

21. (*Qui si entrava ne'fatti i più particolari della motivazione, i quali, appunto perchè troppo particolari alla causa, nulla contenendo di quistioni di dritto, qui si sopprimono. Poi si conchiudeva:*) Distinta dunque la legalità dalla credibilità de'testimoni, cade tutto il prestigio della eloquente difesa del ricorrente. Le pruove sono state legalmente raccolte e legalmente presentate: gli elementi di fatto che constituiscono il fratricidio, non pur volontario, ma premeditato, sono tutti espressi senza contraddizione alcuna nella motivazione: da ultimo il giudice si è convinto di questi fatti *ex animi sui sententia*, e li ha tenuti per certi *secondo il suo criterio morale*. Adunque la prima serie de' motivi pei quali si dimanda la rescissione della decisione, è insussistente.

Sezione III.

Mancanza di motivazione d' una parte della difesa.—Art. 330 pr. pen.

22. Vorrebbe in ultimo, la difesa del ricorrente generare un motivo di nullità dall'obblio che scorge nella decisione di due delle posizioni a discolpa (§ 6). Ma che si voleva mai sostener colla prima? Che il condannato non avesse mai tentato avvelenare il fratello. Egli ha ottenuto quel' che volea; perchè la gran-corte non annoverando questo fatto fra i motivi del suo convincimento, mostra chiaro di non

1) E perciò la legge dice che le quistioni di fatto sono risolute *secondo il criterio morale*. Se avesse detto, *col criterio morale*, come alcuni por dicono, avrebbe detto un errore. Non è il *criterio* che risolve: il *criterio* è il segno che il dubbio è risoluto, come il traboccamento della bilancia, è il segno che il peso è arrivato al suo ponto: è l'effetto immediato e necessario, non la causa del peso.

2) D. l. 21, D. XXII, 5, *De testibus*.

essersene convinta. Con la seconda poi non si è provato affatto chi altro avesse potuto esser sì nemico all'estinto, da ucciderlo poi in quel modo. (*Qui l'avvocato gen. ha ripetuto ciò che si legge* a pag. 365, 369, 374 n. VIII, IX e X *di queste Quistioni*).

23. Per queste ragioni dimando in nome della legge il rigettamento del ricorso 1).

XIV.

Continuazione del comento dell' art. 292.—Se ne' risultati d' un esperimento di fatto la convizione del giudice sia sì necessaria, che debbano quelli esser ritenuti per veri contra il proprio sentimento.

1. Signori 2), i traviamenti d'investigazione e di procedura avvenuti in questa causa ne'suoi primi cinque anni, i tanti volumi scrittivi su di false tracce, le carcerazioni e scarcerazioni di tanti individui, mentre tutto indicava fin dal principio la dritta via che si è cercata smarrire, ci mostra abbastanza, che non del destino di questo solo miserabile, condannato con giustizia sì tarda all'estremo supplizio, ma di persona assai più ricca e potente si tratta, e che ben altro è il capo, cui una difesa così vigile e tortuosa tenta sottrarre alla giusta sua pena.

2. A notte innoltrata del dì 2 a 3 marzo 1825, immerso nel sonno, nella propria sua casa, sul letto suo proprio, fu ucciso con otto colpi di stile *Gio. Battista Stefanelli* di *Volturara*. Poco lungi dalla sua camera era un suo domestico, e con costui il figlio, noto a tutti quale giovine di rei costumi, e di spiriti assai risentiti ed ardenti. A niuno di questi due pensarono gli uccisori per non essere disturbati dal successo. Il portone della casa, gli usci dell'appartamento non si trovarono forzati. Quando tutto rimase sgombro di quegli assassini, allora il domestico da una finestra acclama, *a'ladri*, e quel figlio fa sentire dall'interno dell'appartamento tre vani colpi di schioppo. È tosto si querela della uccisione del padre per causa di furto; e le autorità locali e provinciali furono così semplici, che niuna d'esse avvertì, che non avrebbero potuto i ladri penetrar facilmente in una casa sì ben difesa, senza cooperazione di chi vi era sopravvivuto; niuna, che senza intelligenza di figlio sì fatto, e munito d'armi sì pronte, non si sarebbero coloro con tanta fidanza avviati alla camera del padre, se prima non si fossero assicurati di lui; niuna, esser cosa impossibile che alcun rumore non si fosse fatto in aprire e percorrere tante stanze in una notte tranquilla, e che alcun grido, alcun gemito fra tante violenze non si fosse udito sì presso; niuna, che quei tre colpi non sarebbero stati così gettati al vento, e come per fare strepito in albergo già vôto, ma che se il figlio non fosse stato nel concerto, più utilmente ei li avrebbe vibrati appresso agli assassini che fuggivano. In tanta balordaggine, per non usar parola più grave, l'instruzione delle pruove vagò per un lustro cercando ladri, i quali per agire non avessero avuto altra cagione che il furto.

3. Finalmente un più saggio instruttore ritornò sulla via smarrita, e subito si scoperse che gli assassini agirono per mandato del figlio. Costui fugge dalle mani della giustizia: uno de' mandatarii, *Nicola di Meo*, è condannato. Il principal motivo pel quale ei cerca far rescindere sì fatta decisione, è fondato su d'una restrizione arbitraria che vuol darsi all'art. 292 pr. penale. Tutte le quistioni di fatto, egli

1) Il primo motivo per annullamento venne rigettato. Il secondo, relativo alla non menzione delle due posizioni a discolpa, venne ammesso contro le mie conclusioni, e la decisione annullata. E ciò a cui si allude nel fine della prima *nota* a queste conclusioni; poichè io sempre son rimasto nell'avviso che l'esigere la menzione di tutte le posizioni a discolpa, intese unicamente a sostituire un fatto ad un altro, sia *conseguenza non vera* de' principii di nostra legislazione. — V. i detti nn. VIII, IX e X, pag. 365, 369, 374.

2) Conclusioni nella causa di *Nicola de Meo*, 27 agosto 1833, Celentano comm., Nicolini m. p., Liborio Romano avv. del ricorrente.

dice, debbon essere risolute secondo il criterio morale del giudice, nè la parte della decisione che riguarda il convincimento è soggetta a ricorso, tranne però il risultato degli *esperimenti di fatto*. Esso divien pruova *per evidentiam facti*: il giudice che l'ebbe ordinato, formò un vincolo egli stesso alla propria convizione, e legò il suo arbitrio a ciò che viene a risultarne. Più d' un arresto di questa corte suprema par che sostenga sì fatta opinione. Ma a me permetterete di dir liberamente il mio avviso. Nella causa che trattiamo, il testimone che dice aver veduto e riconosciuto tra gli assassini il *de Meo*, disse poi nell' esperimento di fatto di non veder chiaramente nè poter riconoscere colui che vi figurava in luogo di costui. Non pertanto la gran-corte si è convinta di aver costui e veduto chiaramente, e riconosciuto. Può egli esser ciò soggetto alla censura della corte suprema?

4. Per ben esaminare sì fatto motivo, è necessario ch'io vi reassuma i fatti, dai quali è motivata la dichiarazione di reità, onde conoscere l' occasione e le ragioni che mossero la gran-corte ad ordinare l'esperimento di fatto, e quelle che determinarono il suo convincimento contro i risultati di esso.

5. Tra i fatti espressi nella decisione viene in prima la trista vita di quel figlio. Dissipator dissoluto, in ciò solo troppo simile al padre, il quale di esempii rei colse poi sì reo frutto: rivale del padre stesso in infami amori, nel 1823 tentò di ucciderlo con lo schioppo: quindi ad altra impura tresca rivolto con donna degna di lui, e figlia di madre peggiore, la rende incinta, disperde le sue sostanze con lei e vuole sposarla. Il padre si oppone: quindi gridi, dissidii, e rubamenti: ei va furibondo in cerca di un sicario che gli uccida l'autore dei suoi giorni per prezzo: pochi dì prima dell' ammazzamento, gli volge contro nuovamente le mani empie, e lo ferisce in testa: la madre della druda ne accende più l' ira in vendetta di quel dissenso, renduto più amaro da insulti e percosse sofferte; ella minaccia per ben due volte di morte questo padre ostinato; ed una di tali minacce corrisponde precisamente al modo come poscia effettivamente si consumò l' assassinio; ed infine frequenti colloquii del condannato *de Meo* e del giovine *Stefanelli* in casa di lei. Fatti son questi che ritraggono in tal foglio, sotto sembianza e figura umana, un mostro pronto a trascendere tutti i confini delle leggi, della religione, della natura; animo efferato, perduti costumi, audacia singolare, *neque audacia solum, sed furor summus atque amentia.*

6. I quali caratteri, senza di cui non crede Cicerone esser possibile di trovare un parricida, sono così stabiliti e provati, che niun d'essi si osa attaccare co' mezzi per annullamento. Quel domestico che avrebbe dovuto udire il rumore almeno dei ladri, e che dopo ch' essi erano partiti, fece dalla finestra quella sì tarda ed affettata quiritazione, è *Carmine-Antonio Pescatore*. Avverte la decisione, che costui dopo il misfatto fu visto in miglior fortuna, e già proprietario di un fondo, compratogli dal figlio dell'ucciso. Ne' primi anni ne' quali non si amò di vedere la vera causa di sì truce avvenimento, egli fu esaminato quattro volte, e disse sempre quello che al padrone giovava.

7. Ma non era possibile, ch' egli più addentro non conoscesse la cosa. Quando un instruttor migliore seppe interrogarlo, *Pescatore* svelò quello che la natura dell'avvenimento, non appena interrogata, attestava, cioè che il figlio era non pur consapevole, ma direttore, anzi motore del reato. Disse adunque che coricatosi il padre in quella notte fatale, egli pure si pose a letto, ma non il figlio che nella camera medesima solea dormire poco lunge da lui; che a notte avanzata egli udì un tramestio nel cortile, un latrar di cani, un lancio di pietra alla finestra; che allora il giovine padrone smorzò il lume, uscì tacito della stanza, e lui che voleva seguirlo impedì, chiudendolo dentro; ch'egli però aprì tosto lievemente la finestra, ed al lume della luna vide cinque, avvolti in corti cappotti, confabular col padrone; e tra costoro riconobbe questo *Nicola de Meo*, ed il padre di quella donna che lo stesso suo signore intendeva impalmare; che dopo un quarto d'ora questi ritornò, e serrò l'uscio; che scorsi altri minuti, udì un graffiare, ed un parlare strano alla porta; e che in ultimo, passato ancora qualche altro istante, sorse subito il giovine, ed impose a lui di acclamare, mentre traeva l'uno dietro l'al-

tro i tre colpi vani di schioppo. Così dopo più anni *Carmine-Antonio* deponea finalmente le reminiscenze della notte funesta del 2 al 3 marzo 1825.

8. Accusato *Nicola de Meo* di omicidio per mandato, oppose che non poteva *Carmine-Antonio Pescatore* a quel lume di luna, da quella finestra, in quel cortile, riconoscer un uomo, come che per lo innanzi conosciuto da lui. Se ne fece l'esperimento nella notte del 30 settembre 1830: il tempo non era favorevole. Si ripetette l'esperimento stesso nella notte del 29 ottobre: *Pescatore* non riconobbe alcuno.

9. Letto in discussione pubblica quest'atto del 29 ottobre, fu richiesto di nuovo *Pescatore*, s'egli effettivamente avesse riconosciuto *de Meo* nella notte del 2 al 3 marzo 1825; ed egli rispose affermativamente. Richiesto perchè niuno avesse riconosciuto poi nella notte del 29 ottobre 1830, rispose che in quella notte del 2 al 3 marzo 1825 la sua vista fu soccorsa anche dalla voce di *de Meo*, ch'egli ben distinse All'incontro ei stesso aveva già, in epoca più immediata al misfatto, manifestato a suo padre, e costui lo avea detto a sua moglie ch'egli aveva riconosciuto *Nicola de Meo*. La gran-corte allora bilanciò il risultato dell'esperimento di ottobre 1830 colle rivelazioni di *Pescatore* al padre, e del padre alla madre, rendute più verisimili dalla circostanza deposta in dibattimento di essere stato allora aiutato a quel riconoscimento anche dalla voce. Osservò pure, che il non aver egli ben distinto alcuno nell'atto dell'esperimento, poteva esser derivato dalla pendenza verso il padrone, che lo avea renduto proprietario. Così si convinse, che il testimone, sebbene asserisse di non aver riconosciuto alcuno nella notte del 29 ottobre 1830, avea però chiaramente ravvisato *de Meo* nella notte del 2 al 3 marzo 1825; e motivò l'esclusione della eccezione con queste ragioni.

10. Or invano un così fatto convincimento vuol chiamarsi illegale per qualche divieto tratto dagli arresti della corte suprema. Prima assai di questi arresti, *Paulus respondit*, che delle cose impossibili *et quae in rebus humanis non sunt, te quae concipi rerum natura non possunt*, non vi è convincimento di giudice che possa sostenersi, *neque sententia adversus ea vires habet* 1). Se dunque nell'esperimento il giudice avesse osservato un ostacolo insormontabile, una impossibilità fisica, per cui da quella finestra quel *Carmine-Antonio Pescatore* non avesse potuto affatto vedere nè riconoscere, nullo certamente sarebbe un convincimento contrario. E questa e non altra può essere l'intelligenza degli esempii della corte suprema. *Exempla in consilium adhibentur, non utique iubent, aut imperant* 2).

11. Ma qui quel *Pescatore* il quale disse e sostenne allora di aver veduto e riconosciuto *de Meo* in marzo del 1825, dice ora di non aver veduto nè riconosciuto colui che in ottobre del 1830 gli si offerse in luogo di *de Meo*. Quest'ultimo fatto non esclude la possibilità fisica del primo. Vi manca l'identità degli organi del testimone, perchè non sappiamo se la forza della sua facoltà visiva fosse stata la stessa. È incerto se la stessa fosse stata la secchezza od umidità dell'aere, e l'aspetto ed il fulgor della luna; e quantunque fossero stati nella notte dell'esperimento recisi molti rami all'intorno, e collocate cinque persone nel cortile, non era nelle facoltà umane il rimettere gli alberi ed i rami e le foglie nella posizione precisa di cinque anni addietro, nè di collocar gli uomini così come allora vi stavano: un passo di più, un volgersi improvviso, un alzar di testa fa incontrar l'uomo in un raggio, lo mette in un riverbero non avvertito, il quale perciò non si narra, nè può indovinarsene, non che ripetersene la scena. Manca l'identità delle persone: poichè non *Nicola de Meo*, ma altri dovette presentarsi dal cortile alla finestra ov'era collocato *Pescatore*: l'aprir del cappotto più in un modo che in un altro, e l'abito di corpo più marcato e più conosciuto di uno, rende costui dallo stesso sito e dalla stessa persona più facile ad esser riconosciuto di un altro. Manca l'identità delle circostanze del reo: poichè ben altro è l'andamento feroce ed il fuoco d'iniqua gioja, e l'espressione viva del volto di chi

1) L. 2 e 3, D. XLIX, 8, *Quae sent. sine appellatione rescindantur.*

2) BACON. Aphor. 31.

si avvicina al consapevole di un misfatto ch' ei viene a commettere sol per fargli piacere, che non è la fredda imitazione fattane da coloro, che senza passione, e nell' imbarazzo che produce la presenza del giudice, son chiamati all'improvviso per farne la rappresentanza: la premura stessa e la curiosità che tanto influiscono ad aguzzare le nostre facoltà sensitive, erano ben altre in *Pescatore* di quella notte criminosa, che in *Pescatore* dell'esperimento. Niuno dunque può dire, che da questo esperimento risulti l'impossibilità fisica che costui avesse riconosciuto nel 1825 *de Meo*. L'esperimento d'impossibilità avrebbe mostrato un ostacolo, per lo quale tanto nel 1825, quanto nel 1830, da un luogo non poteva affatto vedersene un altro. Ma questo di cui parliamo, è un esperimento di probabilità, soggetto di sua natura alla estimazione del giudice.

12. Se la cosa è così, a che mai si riduce la quistione che potea sorgere da quell'esperimento? Non ad altro che a quistione di credibilità. Anzi assai minore è questo caso dell'altro in cui un testimone si trovi fra due contrarie dichiarazioni, di aver veduto, e non aver veduto. Poichè l'esperimento di cui parliamo, non è inteso che a conoscere solamente, se un uomo il quale nelle circostanze per quanto possano imitarsi, ma non più che *per quanto possano imitarsi*, le stesse di cinque anni e mezzo prima, ha detto di non riconoscere alcuno, possa credersi, ch'egli abbia potuto riconoscere in altro tempo qualche altra persona. Fu una eccezione formalmente opposta. Quindi era necessario che la g. c. vi avesse risposto; ed ella si è lungamente intrattenuta su questa eccezione 1). Ma ella ha considerato, che cotesto *Pescatore* disse al giudice del 1830 di avere effettivamente riconosciuto *de Meo*, ed ei lo avea detto prima a' suoi genitori, coi quali non aveva interesse di mentire; che aggiunse poi in dibattimento ch'egli aveva riconosciuto anche alla voce; e che da ultimo, come si trattava unicamente della forza de' sensi di *Pescatore* stesso, attestata da lui medesimo, già migliorato di condizione dal suo signore dopo il misfatto, così aveva potuto nello esperimento cercar involvere la verità senza compromettersi sè stesso. Questo è dunque un calcolo di estimazione di fatto, ed è il vero caso del giureconsulto Callisto: perciocchè il giudice è venuto a credere *quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret: confirmavitque motum animi sui ex argumentis et testimonis, et quae rei aptiora, et vero proximiora esse comperuit* 2).

13. Per le quali cose è evidente che non si tratta già dell'art. 293, ma dell'art. 292 della pr. pen. È una quistione di fatto non soggetta alla giurisdizione della corte suprema. Dimando dunque il rigettamento del ricorso 3).

—

1) Per convincersi la gran-corte contro il risultato d'un esperimento di fatto, espressamente opposto dall'accusato, dee mentovarlo nella decisione e ragionarvi. Altrimenti viola l'art. 330 pr. penale. Arresto del 7 settembre 1835, nella causa di *Francesco di Gregorio*, de Luca comm., Nicolini m. p.

2) L. 21, D. XXII, 5, *De testibus*.

3) La corte suprema annullò la decisione sul motivo, combattuto in queste conclusioni, che la verità legale del fatto sia nell'esperimento, non nel detto del testimone. Questo arresto però fu l'ultimo poggiato sopra massima sì fatta. La ministeriale del 24 ottobre 1832 ritirò la giurisprudenza ai suoi principii, e da allora in poi si è sempre deciso uniformemente a queste nostre conclusioni. Il primo arresto che le seguì fu del 21 novembre 1832 nella causa di *Carlo Tripepi*, Montone comm., Nicolini m. p., F. Castriota-Scanderberg avv. del ricorrente. In seguito la giurisprudenza è stata sempre costante, secondo la ministeriale che trascriveremo appresso.

Intanto la causa di *de Meo* ebbe esito per lui felice nella gran-corte di rinvio: fu liberato provvisoriamente, e scorsi i due anni della prescrizione, ottenne nel 1836 la libertà assoluta. Salvato costui, *Fobrizio Stefonelli* si credette più sicuro: ricomparve, ma venne arrestato. Oppose l'eccezione della cosa giudicata, supponendo che l'assoluzione del suo *de Meo* giovasse anche a lui. Ma questa eccezione venne rigettata; e fu condannato all'ultimo supplizio, qual mandante alla uccisione, chiunque fosse stato colui che l' avesse commessa. La corte suprema considerò, che « le circostanze di « fatto alle quali si appoggiano i mezzi per annullamento tratti dalla eccezione della cosa giudicata, son tutte passate col giudizio relativo a *Nicola di Meo*, qual uno degli autori principali « del reato: or ciò ch' è passato in altro giudizio « contro altra persona, non può giovare nè nuocere al ricorrente; tal che non concorrendo i requisiti tutti voluti dall' art. 1305 delle ll. cc., « *alia res est*, e non è il caso del *bis in idem*. » Così fu rigettato il ricorso. Arresto del 9 gennaio 1839, nella causa di *Fabrizio Stefanelli*, Longo-

XV.

Appendice alle due conclusioni precedenti. — Valore de' processi verbali degli agenti de' dazii indiretti.

Sezione I.

Stato della quistione.

1. Signori 1), la gran-corte criminale di Teramo ha dichiarato due individui di guardia doganale colpevoli di falsità di un processo-verbale di contrabbando, ed uno di essi colpevole anche di omicidio volontario in persona del preteso contrabbandiere. Nella motivazione ella definisce immaginato il contrabbando, e falso il verbale, a fine di falsare l'indole dell'omicidio, fingendolo avvenuto fortuitamente in mezzo alla resistenza alla forza pubblica, mentre in realtà fu commesso con dolosa superchieria. Condannati costoro, han prodotto ricorso. I motivi ne' quali è distinto, esigono l'attenzione vostra sopra tutto l'andamento giudiziario della causa; per lo che conviene ch'io ne faccia alcun cenno.

2. Sulle ore due e mezzo di notte (8 p. m.) del dì 11 novembre 1838, poco lunge da Teramo, venne ucciso a colpo di schioppo *Antonio Fariassi*. Al fragore improvviso accorse sollecita la gendarmeria, e tosto s'imbattè quivi in due individui della forza doganale. I quali le dissero, che mentre in compagnia di un terzo lor compagno ivi attorno pattugliavano, videro l'ucciso in compagnia di altri passare a guazzo il fiume, ed avanzarsi; che tenendoli per contrabbandieri, intimarono ad essi in nome del Re o della legge di arrestarsi; che costoro invece di ubbidire, si erano baldanzosamente fatti innanzi, minacciando con le ronchette in alto i soldati, fino ad attaccarsi a corpo a corpo con uno, vibrando colpi, e afferrando la canna dello schioppo impugnato contro di essi; che in questo movimento incomposto, scattato da per se stesso il fucile, cadde a terra quegli appunto che avea tanto osato, e cadde col suo sacchetto di zucchero: gli altri, riguadagnando la via del fiume, fuggirono. — Dimandati i due soldati doganali dov'era il sacchetto, risposero ch'era stato trasportato già in dogana. Ma la ronchetta dov'era? Come avvenir poteva che venuto l'ucciso dall'altra sponda del fiume, traversandolo a guado, il suo cadavere ancor caldo e grondante sangue, presentasse asciutti i piedi, non che le gambe? A queste interrogazioni i due risposero con voce tremola: *nevigavano le pietre: così fanno i contrabbandieri*; e partirono.

3. Allora la gendarmeria, dopo avere osservato che niun oggetto estraneo giaceva presso al cadavere, credette convenevole lasciar questo nella stessa posizione in cui lo avea trovato, e guardarlo quivi per tutta la notte. Ma tosto sopravvenne un altro individuo della forza doganale, che volle pur esso far compagnia a' gendarmi; e costoro poco dopo si avvidero che vicino al cadavere luccicava un bottone di uniforme ed una spallina; oggetti che prima della venuta di costui non v'erano affatto.

4. A cinque ore di notte (10 1/2 pom.) si presentavano le due guardie doganali al giudice regio: gli narravano l'avvenimento, non senza qualche varietà da ciò che aveano detto a' gendarmi: mostrarono a lui un loro uniforme forato in più parti, e mancante d'una spallina e d'un bottone, in pruova della resistenza armata sofferta.

5. Al far del giorno, e propriamente sulle ore 14 (7 1/2 a. m. del dì 12: queste ore sono con lodevole diligenza marcate dal giudice) il giudice si recò sopra luogo, e riconobbe il cadavere per mezzo di periti sanitarii o cacciatori: fu giudicato il colpo vibrato non di fronte, ma alle spalle: la natura delle ferite rivelò, che l'arme mortifera era stata scaricata in distanza, e per lo meno a quella di dieci

bardi comm., Nicolini m. p., Nic. di Giovanni, Fed. Castriota-Scanderbeg, e Raff. Conforti, avvocati del ricorrente. — V. *supra* n. XI, § 17.

1) Conclusioni pronunziate all'udienza della corte suprema de' 4 nov. 1828, nella causa di *Raffaele Pagano* e *Sabatino di Michele*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Agazio Ciancio avv. de' ricorrenti.

passi. Osservò pure diligentemente l'uniforme presentatogli la notte: i periti sarti giudicarono, che le forature esistenti in esso erano tagli a filo, i quali non potevano prodursi mai da ronche o ronchette, la cui forma lunata non può permettere l'azione di taglio, se non quando esse abbiano penetrato molto addentro con la punta ricurva. Così da ogni lato si scopriva mendace la dichiarazione fatta innanzi al giudice dalle guardie doganali. Queste perizie non si è osato mai impugnare.

6. La moglie dell'ucciso nello stesso dì 12 (non abbiamo qui l'indicazione dell'ora) presentava la sua querela, e deducea fatti ch'escludevano ogni possibilità di contrabbando; facea conoscere che il marito ch'era stato in Teramo tutto il giorno, non avea ronchetta nè ronca, ma qualche danaro ed altri oggetti, che non furono più nella loro integrità, in lui cadavere, rinvenuti; ed aggiungeva alla querela della uccisione, anche quella del furto.

7. Il sacchetto dello zucchero che poco dopo l'omicidio si era detto da' due a' gendarmi di esser passato in dogana, o non vi fu depositato, o se lo fu, nol fu con alcuna delle formalità richieste dalla legge. Solamente a 19 ore del dì 12, mezz'ora cioè dopo mezzo giorno, quando già le perizie aveano messa in chiaro la natura dell'omicidio e la falsità della difesa, veniva compilato dal ricevitore del fondaco doganale il processo verbale del preteso contrabbando, con resistenza e vie di fatto, testificate dallo stato dell'uniforme e dal bottone e dalla spallina strappati e trovati presso il cadavere: la resistenza si disse operata in prima da molti *con colpi di pietra e con piroccole di legno: uno delle guardie fu circondato* (son parole del verbale) *da diversi di essi, che tentavano levargli il fucile, percuotendolo con de' colpi violenti*, e *con un ronchetto alle mani, profittando che il guardia Raffaele Pagano si difendeva a stenti dagli altri aggressori... il quale si svincolò da coloro che l'insidiavano*, e *corse ad aiutar l'altro; ma uno dei contravventori gli si avventò al fucile, che sullo scambievole tirare scattò da sè, e l'aggressore rimase estinto..... A tale atto gli altri aggressori si diedero a precipitosa fuga*, ec. ec. Nella formazione di tal processo-verbale fu presentato al ricevitore, e riconosciuto, il sacchetto, che dicevasi rinvenuto presso il cadavere. — Il verbale conteneva la dichiarazione di tre guardie, due che s'imbatterono ne' gendarmi, e l'altro di cui lor esse parlarono.

8. L'instruttore nel dì seguente (13 nov.) esaminò molti testimoni che all'ora appunto dell'avvenimento passavano presso quel luogo, i quali dissero aver udito tre colpi di schioppo, ma non grido di arresto in nome del Re, non risposte di risentimento e di oltraggio, nè scalpitar di uomini, nè frastuono di lingue, nè rumore di contenzione alcuna: solamente distinsero un grido lamentevole come di persona ferita, e superbi insulti del feritore. Niun altro videro fuggire, nè transitare per quei luoghi.

9. I tre individui della forza doganale autori del verbale vennero arrestati e sottoposti a legittimo stato di accusa; *Raffaele Pagano* per omicidio volontario, e gli altri due per falsità del verbale, qualificato *pubblica scrittura*. Niuna eccezione si produsse nel termine de' cinque giorni avverso la sottoposizione a quest'accusa.

10. E niuna se n'è prodotta nel corso dell' altro termine, nè della pubblica discussione. Solamente avverso il capo di accusa di omicidio volontario, si è proseguita dall' accusato l' eccezione dedotta fin dal principio, della necessità della legittima difesa verso contrabbandieri resistenti, e della casualità del colpo. La gran corte l'ha rigettata; e l'uccisore *Raffaele Pagano* è stato dichiarato colpevole di omicidio volontario, ed oltre a ciò della falsità del verbale. Degli altri due, uno è stato liberato, perchè non è ben constato di essersi trovato presente all'avvenimento: anzi de' tre colpi di schioppo de' quali si parlò nell' istruzione, non è constato chiaramente che lo scoppio d'un solo. Perciò il soldato doganale che di certo era stato presente all'avvenimento, è stato dichiarato colpevole della falsità del verbale. Il terzo che riferì nel verbale ciò che gli altri due gli avean detto, nemmeno della falsità è stato chiarito colpevole.

11. Ecco la serie di tutti i fatti necessarii alla disamina del ricorso. — Questo è diviso in due serie di motivi per annullamento: la prima riguarda l'omicidio; la seconda la falsità del verbale; e tutti si fondano sull'indole particolare della giu-

risdizione penale ne' reati che non possono giudicarsi senza esaminare il valore de' verbali degli agenti de' dazii indiretti. Ragioniamone partitamente.

Sezione II.

Motivi che attaccano la dichiarazione di omicidio volontario.

12. *Primo motivo.* — Violazione degli art. 4, 5 e 6 della legge de'20 dicembre 1826.

Art. 4. *Il reato che potrà esser commesso in unione del contrabbando o della contravvenzione, rientrerà nelle disposizioni e nelle competenze delle leggi penali.*

Art. 5. *Il ricevitore redattore del verbale sarà nell'obbligo di farne immediatamente rapporto all'uffiziale della polizia giudiziaria nella cui giurisdizione il reato sia avvenuto.*

Art. 6. *Qualora il reato sia talmente connesso al contrabbando o alla contravvenzione, in guisa che la pruova dell'uno sia una conseguenza della pruova dell' altro, o viceversa, in questo caso non potendosi scindere le azioni, l'affare sarà rimesso al giudice competente del reato. Questi pronunzierà ne' termini della sua competenza; ed* ASTENENDOSI DI INTERLOQUIRE SUL CONTRABBANDO O COTRAVVENZIONE, *invierà l'affore al giudice dei dazii indiretti, che pronunzierà sull'azione civile o correzionale che compete all'amministrazione.*

Ma secondo il verbale compilato a 19 ore del dì 12 di novembre (§ 7) noi (dicono i ricorrenti) avremmo in unione al contrabbando un reato di resistenza alla forza pubblica, ed un omicidio descritto con la duplice attenuante della impugnazione legittima dell'arme mortifera, e della involontarietà nello scattare che fè questa. Dunque la gran-corte dovea pronunziare sulla resistenza e sull'omicidio, ed astenersi d'interloquire sul contrabbando. Ma invece d'inviare l'affare del contrabbando al giudice de' dazii indiretti, ne ha egli principalmente preso ragione. Dunque eccesso di potere, non che nullità.

13. Tutta la forza di questo motivo sta nella intelligenza delle parole, *astenersi d'interloquire.* Se il verbale delle guardie doganali formava tutta la loro difesa, e se in questo la causale dell' omicidio prendeva capo dal contrabbando, stolta cosa sarebbe il pretendere che si fosse ammessa o esclusa la difesa de'rei senza nominare il contrabbando. *Non interloquire* dunque non può intendersi nell'art. 6 nel senso volgare di *non intervenire affatto a parlare di alcuna cosa con altri.* Se i rei volevano che si prendesse ragione della loro difesa, di necessità dovea ragionarsi del contrabbando. Che diremo quando il reato sottoposto alla giurisdizione ordinaria è per l'appunto la falsità del verbale?

14. *Interloquire* nell'art. 6, è *giudicare in fatto* 1). L'ultima parte dell'art. è fondata sull'ipotesi della veracità del contrabbando, ma attestato da un processo-verbale verace, sì che il contrabbando sia una parte della pruova nell'altro reato, o confermi la fede del verbale. In questo caso la gran-corte, giudice del reato di cui è competente, non solo non è impedita a parlare del contrabbando, ma ne trae i motivi del suo convincimento, e poscia rinvia il giudizio dell' azion civile o penale dell'amministrazione al giudice dei dazii indiretti. E così avrebbe dovuto fare, se avesse aderito alla difesa de' rei. Ma quando, esclusa questa, dee giudicarsi la falsità del verbale, e non si tratta più del nesso tra il contrabbando e l' altro reato, ma della favola del contrabbando messa in mezzo per rendere impunito l'altro reato, non vi ha luogo più all'applicazione dell' art. 6; e giudicato falso il verbale, e falsa la difesa del contrabbando, sarebbe stato assai strano il rinviare ad altro giudice il *giudizio di contrabbando.* Il *rinvio* è sempre sotto la condizione, *se vi ha luogo.* Il mezzo dunque non regge.

15. Nè di miglior tempra è il *secondo,* il quale si fonda su d' una sentenza del giudice de'dazii indiretti del dì 17 di novembre, *a carico di conduttori ignoti,* sentenza che *dichiara confiscati a benefizio dell' amministrazione generale dei dazii indiretti li rotoli* 18 *zucchero in polvere, valutati in tutto* d. 3. 60, sor-

1) *Si iudex ita interlocutus sit:* VIM FECISTI. L. 32, D. XLVIII, 20, *De poenis.*

presi in contrabbando; ed ordina conservarsi gli atti in archivio sino allo scovrimento de' rei per l' applicazione delle altre pene.

16. Imperocchè non può passarsi in silenzio, che avendo i ricorrenti già opposto col primo lor motivo l'art. 6 della legge de' 26 dicembre 1826 (§ 12), eglino stessi han riconosciuto, che nella causa presente non poteva il giudice de' dazii indiretti pronunziare, se prima la gran-corte criminale non avesse deciso de'misfatti connessi al contrabbando, e non gli avesse rinviato l'affare. Giudicando dunque così precipitosamente, egli ha violato il detto articolo 6, *et supra jurisdictionem suam jus dixit* 1).

17. In secondo luogo era troppo noto nel dì 12, quando fu compilato il verbale (§ 7), che il conduttore del'o zucchero non era altri che l'ucciso *Fariassi*. A'termini dunque dell'art. 25 della stessa legge dovea rilasciarsi il verbale al di costui ultimo domicilio, ov'era la moglie, tutrice di dritto de' suoi figli ed eredi. Il dire nella sentenza, *a carico di conduttori ignoti*, sarebbe contrario, se il verbale fosse stato vero, ad un'evidenza di fatto, e contravverrebbe all'art. 25.

18. In terzo luogo l'art. 24 della stessa legge prefigge il termine a comparire *tra giorni cinque colla continuazione, oltre di tanti altri giorni per quante venti miglia il fondaco* o *l'officina doganale distano dal luogo ove risiede il giudice.* Il fondaco e l'officina ove fu scritto il verbale, erano in Teramo, il giudice in Nereto. Siavi la distanza di venti miglia, oppur meno, le distanze incomplete debbono sempre valutarsi per un giorno 2). Erano dunque necessarii cinque giorni liberi dopo il 12 giugno, ed uno di più per la distanza. La sentenza dunque non poteva esser pronunziata prima del dì 19. Ma si è pronunziata nel dì 17. Dunque si è manifestamente violato il detto art. 24, se pure non si è agito così frettolosamente per intorbidare il giudizio criminale. — Ed ancorchè fossimo nel caso d'un contravventore ignoto, non mai la frase, *rei ignoti*, doveva essere adoperata nella citazione affissa; perchè l'art. 25 statuisce: *la citazione sarà fatta in termini generali a tutti coloro che possono essere interessati*; nè può disconvenirsi che non solamente i rei della contravvenzione erano interessati in questo verbale, ma la moglie dell'ucciso, ma i figli, ma il pubblico intero, e lo stesso augustissimo PRINCIPE rappresentato dal suo procurator-generale, onde la vita e le proprietà de' sudditi suoi non sieno capricciosamente manomesse dagli agenti della forza pubblica, instituita per garentirla. — Oltre a ciò, trattandosi di azione per condanna minore di ducati dieci, dovea darsi per l'art. 26 un termine doppio, subordinato alla condizione, *qualora il contravventore si opporrà al verbale*. Tante sono le forme, delle quali provvida la legge circonda questi giudizii, ond'evitare la sopraffazione e l'intrigo! Tutte però sono state violate con questa strana precipitazione del giudice de' dazii indiretti.

19. Dopo di ciò, cosa diremo della querela contro la decisione, per aver dichiarato che il contrabbando era *creato* e *supposto*, mentre il giudice de'dazii indiretti lo avea già dichiarato avvenuto? Contrarietà di giudicati, esclama il ricorrente, e perciò violato l' art. 1305 delle ll. cc.

20. Primieramente la ragione dell'azione nell'uno e nell'altro giudizio non è la stessa, nè fondata su' medesimi motivi, nè lo stesso è l'attore, nè gli stessi e con la stessa qualità i rei convenuti. Secondamente questa eccezione della cosa giudicata non fu dedotta mai innanzi al giudice del merito, nè può la corte suprema osservare se una quistione di eccezion perentoria sia stata trattata secondo la legge, quando ella non è stata affatto trattata. Anzi quella sentenza non fu messa dalle parti nella lista de'documenti, e perciò non poteva formare oggetto di discussione, nè nel giudizio dell'omicidio fu mai letta nè discussa. Il documento che venne indicato nella *nota de' testimoni*, fu il *verbale di contrabbando compilato dagli imputati, guardie doganali*: e questo solo fu letto in pubblica discussione; nè contro tal documento si oppose mai la novazione operata dal preteso giudicato, il quale non fu guardato dalla gran-corte

1) L. 20, D. II, 1, *De iurisdictione.*
2) V. nella pag. 532 di queste *Quistioni* il n. VIII, § 4.

nella discussione pubblica, e molto meno nella decisione.

21. Non m'intrattengo sugli altri *motivi*, che assumono mancante di motivazione la volontà di uccidere, e non discussa l'eccezione d'essere stato l'omicidio colposo. Basta leggere le non brevi, ma lucide, ordinate e precise considerazioni della gran-corte. Il solo fatto di essersi vibrato il colpo, non in colluttazione, non di faccia a faccia con l'ucciso, ma alla distanza di dieci in quindici passi. ed alle spalle (§ 5), toglie di mezzo ogni caso fortuito in atto di resistenza armata, e l'attuale necessità di legittima difesa: questo solo stabilisce la volontà determinata ad uccidere. È singolare il leggere nel motivo: *se ne togli la distanza e il sito della ferita, tutto il dippiù son mere supposizioni*. Ma quella *distanza* per l' appunto e quel *sito* non possono togliersi, tranne il caso che si tolga di mezzo anche l' omicidio: il giudizio della gran-corte deriva da fatti permanenti, come deriva da questi, che il piombo mortifero produsse la morte. Ma qual fu mai la causale di volontà così iniqua? L' ingenita malvagità del colpevole, il disprezzo della vita degli uomini, un falso principio di vile bravura, la fiducia della impunità, anzi del premio per uno zelo mentito che si cerca testificare con immaginate aggressioni e col sangue di uomini innocenti ed inermi, ecco le cause rec di un misfatto, tanto più grave, quanto più cerca corrompere, col mezzo della falsità, la giustizia nella parte più sacra del suo tempio. E se queste non furono le cause, chi può tutti trascorrere i fini de' malvagi 1)? La gran-corte non doveva incaricarsi che delle causali esposte dai rei, e le ha trovate mendaci. Il fatto permanente dimostra, che qualunque ne fosse stata la causa motrice, vi fu volontà di uccidere, e con volontà di uccidere si uccise. Ciò solo esige la legge. È un giudizio di fatto che non cade sotto la censura della corte suprema.

Sezione III.

Motivi che attaccano la dichiarazione della falsità del verbale.

22. *Primo motivo*. — L'azione penale di falso. dicono i ricorrenti, era già prescritta all'epoca in cui il ministero pubblico l' ha instituita con la sua accusa; perchè il termine che dà la legge ad esercitarla, è di soli cinque giorni dalla citazione. Ma qui il contravventore non si è inscritto in falso nel termine prefisso. Dunque si è contravvenuto agli art. 34 a 38 della detta legge de' 26 dicembre 1826.

23. Dopo ciò che abbiam detto, la risposta a questo motivo è assai facile. Il termine de' cinque giorni comincia, per l'art. 25 e per l'art. 37, dal giorno della notificazione, o della legale affissione del verbale con la citazione. Abbiam dimostrato che ciò non si è fatto mai per tutti coloro che potevano essere interessati nel preteso contrabbando, secondo detta il citato art. 25 (§ 17). Dunque il termine dei cinque giorni non solo non era trascorso quando si produsse dal ministero pubblico l'accusa di falso, ma non era ancor cominciato. — Nè deve obbliarsi la querela della vedova dell'ucciso nel dì medesimo che si compilò quel verbale, querela che si fondava sulla falsità dell'accusa di contrabbando. L'instruzione fin da quel giorno fu compilata, e per l'omicidio, e per la falsità. L' *inscrizione in falso* di cui parla la legge, non è che la querela di falso, a' termini dell'art. 38, ben diversa dall'ammessione dell'accusa di cui ragiona l' art. 41 2). Che se la vedova nella sua dichiarazione non disse nominatamente: *querelo di falso il verbale de' 12 novembre*, la colpa è di chi doveva notificare il verbale al di lei domicilio, ch'era quello del contravventore già ucciso, e no 'l fece, contento all'affissione, non contro gl'interessati noti, ma contro i rei ignoti. Ella però dalle voci che se n'erano sparse, raccolse che il marito era accagionato di contrabbando; e disse abbastanza, quando disse falsa l'imputazione, ch'era la sostanza del verbale.

24. Ma tutto ciò è vano, quando si tratta delle facoltà e de' doveri del pubblico ministero. Non è forse reato, la falsità del verbale d'un agente de' dazi indiretti? Ed ogni reato dà luogo per sè all'azione penale, la quale è essenzialmente pubblica, ed appartiene esclusivamente al pubblico ministero. In alcuni reati l'azione penale

1) V. nella pag. 565 di queste *Quist.* il n. XI, § 9 e segg.

2) V. nella pag. 527 di queste *Quist.* il n. VI.

non può esercitarsi senza instanza di punizione della parte privata; ma niun art. di legge ci dice, che l'instanza privata del contravventore sia indispensabile per eccitare l'azion penale di falso nel pubb. ministero contra un verbale degli agenti de' dazii indiretti. L'artic. 37 statuisce, *che qualora non sieno prodotte opposizioni della parte tra cinque giorni dalla notificazione, i processi-verbali per frodi non eccedenti i duc. dieci, diverranno* CONTRO ALLA PARTE MEDESIMA, *senza necessità di sentenza, tanti titoli esecutivi, e non oppugnabili.* Ecco tutto quello che dice la legge, non contro la sola parte contravventrice. Dice forse che ciò sia anche contro il ministero pubblico, e contro ogni altro interessato non notificato? Se valesse l'argomento de' ricorrenti, un verbale contro *rei ignoti*, compilato fraudolentemente per salvar dalla multa e dalle altre pene contrabbandieri noti e certissimi, sarebbe sempre un titolo autentico e non oppugnabile a danno dell'amministrazione, perchè il reo ignoto non si è presentato fra i cinque giorni, nè ha impugnato il verbale. È titolo autentico e non oppugnabile sarebbe, quando essendosi sorpreso un ingente contrabbando, se ne sia rilasciata per prezzo la massima parte, e siasi formato solamente il verbale non oppugnato, anzi consentito da' contravventori, per frode lievissima di pochi carlini: il ministero pubblico presso la giustizia penale non potrebbe agire da sè, nè per querela dell'amministrazione. Ma il ministero pubblico non è mai allontanato nè forchiuso del suo dritto che per la prescrizione ordinaria: egli può, egli deve perseguitar sempre il falsario: il verbale, come la sentenza che non ne può derivare, è *res inter alios acta*. Guardiamoci, o signori, anche nell'interesse del real tesoro e dell'amministrazione, guardiamoci bene di seguir le massime de' ricorrenti; perchè ora potrebbero queste salvare due scellerati; ma da noi secondate, darebbero anza a' malvagi di transigere sempre il lucro grande con la piccola perdita, e quando il contravventore favorito non sia sì balordo da richiamarsene fra i cinque giorni, si convertirebbe in dritto inconcusso il danno immenso dell'erario e del pubblico.

25. All'incontro se il verbale godesse di questo privilegio di dover essere tenuto anche innanzi alla gran-corte criminale, anche nell'interesse dell'amministrazione, anche nell'interesse del pubblico ministero, qual titolo contro di cui niuna pruova è ammessa, perchè i rei nol dedussero a tempo? Non l'azione pubblica, ma la loro pretesa facoltà di opporsi è prescritta in forza dell'ultima parte dell'art. 330 pr. pen.

26. Gli altri *motivi* di *annullamento* poggiano su due proposizioni contraddittorie fra loro: la gran-corte, dicono in un lor motivo i ricorrenti, non poteva non prestar fede ad un verbale degli agenti de' dazi indiretti, sul quale non è dato al giudice esercitare affatto l'arbitrio di sua credibilità; e la falsità d'un verbale sì fatto, dicono in un altro, è falsità di scrittura non certamente, come la gran-corte l'ha dichiarata, autentica e pubblica. Contraddizione manifesta, perchè se quegli agenti sono ufiziali autorizzati ad attribuire la pubblica fede a' loro verbali fino ad inscrizione in falso, i loro verbali sono atti autentici 1); e non perdono questo privilegio, diventando scrittura privata, che o per l'incompetenza o incapacità dell'ufiziale, o per un difetto di forma, quando però sieno stati sottoscritti dalle parti 2). Or il verbale di cui ci occupiamo, non fu sottoscritto dalle parti, e se fosse vero, non potrebbe certo esser attaccato di vizio d'incompetenza o d'incapacità dell'ufiziale, nè di vizio di forma: *si adulterinum non esset, veruntamen recte factum diceretur* 3). Ed i condannati sostengono, che il suo privilegio e gli effetti sono gli stessi di qualunque altro atto autentico.

27. E non è già che per ciò si renda inefficace in questi atti l'art. 292 della pr. penale. Gli atti autentici e le presunzioni stabilite dalla legge vi sono rispettate, come vi è rispettata ogni altra definizione di legge. È un fatto p. e. l'arme vietata: ma tosto che il giudice si convince che un istrumento ha il tale e tal carattere che per legge ne fa un'arme vietata, la

1) Art. 1271 ll. cc.
2) Art. 1272 ll. cc.

3) L. 6, D. XLVIII, 10, *De falsis*.

sua convizione ch'ella non è arme vietata, è per l'art. 327 pr. penale un errore nell' applicazione della legge. Così avviene nella cosa giudicata, la quale *est quid facti*, cui la legge attribuisce una presunzion legale di verità per ciò che statuisce fra le parti.

28. Ora ciò che nelle leggi civili è prescritto per tutti i titoli autentici, va d'accordo con l'art. 34 della legge 20 dicembre 1826 per questi verbali. Le forme ne sono indicate negli art. precedenti. Qualunque manchi di esse, cessa il privilegio della pruova, e la cosa si riduce ad un processo verbale comune di qualunque ufiziale di polizia giudiziaria, il quale può indurre certezza de' fatti che vi sono attestati, e può anche non indurla. Ma quando il verbale è dichiarato falso ai termini dell' art. 287 delle leggi penali, ovvero a' termini dell'art. 288, qual è il caso presente, questo è un misfatto contro la fede pubblica; e sarebbe stolto il dichiarare esistente il contrabbando, mentre il verbale è falso appunto perchè il contrabbando è supposto; e più stolto il dichiararne vere le circostanze, non che la sostanza, mentre il verbale è falso appunto perchè gli autori di esso hanno fraudolentemente disnaturato la sostanza e le circostanze del fatto, scrivendo cose diverso da quelle che sono avvenute, e dichiarando veri fatti falsi, e fatti riconosciuti quelli che non lo sono.

29. Parmi dunque che la gran-corte abbia seguito scrupolosamente la legge quando, dichiarato falso il verbale, ha applicata al reo la pena delle falsità degli atti autentici, o sia delle scritture pubbliche; e che abbia seguito il senso comune, non che la legge, quando ha stabilito il suo convincimento su' fatti veri della causa, non su' fatti falsi dichiarati nel verbale.— Dimando perciò il rigettamento del ricorso 1).

—

XVI.

Comento della prima parte dell' art. 293.—Primo esempio: motivazione della dichiarazione di stupro violento.

1. Signori 2), *le sentenze saranno motivate nel fatto e nel dritto*, dice l' art. 219 della l. organica. *Motivo* è voce di assai ampio significato, *cagione*, *occasione*, *impulso* 3) ; e qui è propriamente *ciò che muove a decider così; il perchè, la ragione*. La nostra prammatica del 1774 ordinava, che *qualunque tribunale spieghi la ragione di decidere*, o *sieno i motivi su' quali la decisione è appoggiata*. Questa legge antica ci dà la spiegazione del senso della nuova 4).

2. La legge organica delle giurisdizioni è legge d' *ordine pubblico*. Dunque nelle decisioni o sentenze la mancanza assoluta della motivazione è nullità d'ordine pubblico. Ma se il legislatore fosse stato contento a quell'art. 219, basterebbe il più breve consideramento di fatto, tratto dal processo, onde motivare la dichiarazione di reità 5). Tale è la motivazione delle decisioni interlocutorie, ove la *ragion di decidere*, o sia *lo 'mperchè*, può esser remissivo a qualunque documento, a qualunque dichiarazione, a qualunque atto della instruzione senza bisogno di trascriverlo.

3. Ma il legislatore nelle definitive non si è arrestato a quella prescrizion generale. Le ll. di proc. le han dato forma. Esse in prima prefiniscono il metodo di ripartire e distinguer la causa nelle sue quistioni 6). Poscia con la prima parte dell'art. 293 pr. penale vien detto così: *il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni, debbe essere espresso a*

1) Così è stato deciso.

2) Nella causa di *Donato Ciorallo*, 9 luglio 1832, Camerano comm., Nicolini m. p.

3) *A movendo*. — E quando, come qui, è sostantivo, è *causa, origo, occasio, ratio, impulsus*; è aggettivo, come è in *ragion motiva*, è *ciendi vim habens, excitativus*.

4) L. 27 e 28, D. I, 3, *De legibus*. — V. la nostra *Pr. pen.* I, 242, ove la prammatica è riportata per intero. — V. in queste *Quistioni* il n. I, pag.

5) V. *supra* il n. XII, ed *infra* il XXI, e più particolarmente le *avvertenze preliminari* che precedono il n. XII.

6) *Causam partiri* degli antichi. — Art. 273 e segg. pr. pen. — V. la nostra *Pr. pen.* I, 736, III, 1032, 1049, 1084.

pena di nullità. Ed ecco particolareggiate le due forme essenziali di ogni decisione definitiva: le altre vengono appresso; ed il germe di tutte è nella legge organica, non che in questa prima parte dell'art. 293, ove per conoscerle, convien esaminare ad una ad una tutte le sue parole.

4. *Quistioni.* — S'ella è di fatto, dev' essere presentata con le parole stesse della ipotesi della legge; *Consta che l'accusato abbia commesso stupro violento?* Ma *stupro violento*, come *omicidio premeditato*, *falsità in scrittura pubblica ed autentica*, ec. ec., sono nomi di legge, rappresentanti ciascuno un concetto astratto e generale: la *risoluzione* di tal *quistione* nella causa, non è altro che dichiarare che l'accusato co' suoi fatti particolari è caduto precisamente, cioè a dire nè più nè meno, in ciò che la legge assume qual tipo generale, ritratto con una di quelle sue frasi. Da' fatti adunque particolari deriva la risoluzione della quistione generale, e questi fatti debbono esprimersi a pena di nullità. È appunto quello che disse Alfeno: *in causa ius positum* 1), o sia *ius in facto, et facti cognitione est positum* 2).

5. Per far ciò esattamente conviene in prima discernere quante idee meno generali e più semplici compongano quella ipotesi della legge, cosa la di cui necessità non abbisogna di dimostrazione. Ella sembra al volgo assai facile: ma *hoc opus, hic labor.* E pure vi si presta sì poca attenzione, che suol corrersi al fatto senza guardare a quali circostanze precise debba rivolgersi l'attenzione. Di tutti gli annullamenti che voi pronunziate, nove decimi derivano da questa inavvertenza.

6. Decomposta che siasi con sì fatta analisi la proposizion generale della legge, allora per ciascuna delle idee elementari di tal proposizione, è necessario che si esprima un fatto dell'accusato che ne avveri a suo carico il concetto. Quindi alla motivazione è data comunemente la frase di *fatti elementari*, e l'altra men propria di *fatti semplici* 3).

7. E da ciò deriva che la risoluzione della quistione di reità, è in parte *quistione di dritto*, in parte *quistione di fatto.* Ella è *quistione di dritto* in quanto che ricerca gli elementi che compongono l'idea generale ed astratta dalla legge, o sia le sue condizioni le quali sono la *maggiore* del sillogismo giudiziario; condizioni che si riuniscono nella *conseguenza*, ch'è la stessa che la *dichiarazione di reità*, o sia la *definizione del reato accusato*. È poi *quistione di fatto* in quanto che tra il numero indefinito de' fatti reali possibili i quali includono le condizioni di quella idea astratta, si scelgono quelle appunto che le includono effettivamente; ed in ciò sta la *minore.* Operazione analitica è la prima; sintetica è la seconda: la prima *legis auctoritati reservatur*, la seconda *in arbitrio est iudicantis* 4).

8. Nella motivazione adunque non si fa altro che esprimere tutti gli elementi e le condizioni del concetto generale ed astratto dalla legge, verificati in realità nel fatto di una causa. Una che si trascuri, ovvero non si esprima con precisione 5), il sillogismo è difettivo; e se si dichiari avverata quella ipotesi, mentre manca nel fatto una o più delle sue condizioni, la legge è violata, ed il difetto della motivazione, quale è prescritta dalla legge di procedura, si risolve in violazione del testo espresso dalla legge penale 6).

9. Or applicando queste teorie alla causa, il ricorrente è stato dichiarato colpevole di *stupro violento.* Questa frase rappresenta un concetto astratto e generale

1) L. 52, § 2, D. XI, 1, *Ad legem aquiliam.*

2) Goth. *Ad hanc legem.*

3) La diciam frase *men propria*, quando alla parola *semplice* voglia darsi la significazion comune di *schietto*, *puro*, *senza mistione*. Ma non vi è fatto che non abbia alcun che di composto, o compostissimi fra tutti sono i fatti giudiziarii, i quali risultano non solo dal detto altrui, ma anche dalle induzioni, spesso assai complicate, o dalla estimazione del giudice. V. nel *Suppl. alla collezione delle ll. serie crim.* n. 40.

4) L. 1, § 4, XLVIII, 16, *Ad s. c. turpill.* — Art. 392 pr. pen.

5) E deve esprimersi nel modo stesso o con le parole stesse dell'art. penale. Il dir dunque p. e, *consta, che Giuseppe Mellone è colpevole a' termini dell'art. 463 ll. penali*, è formola insufficiente, e dev'essere annullata. Arresto del 25 luglio 1836, *G. Mellone*, de Luca comm., Nicolini m. p.

6) Arresto del 2 settembre 1836, nella causa di l'incenso *Zarrello* e *Giuseppe Follo*, Montone comm., Nicolini m. p., annullamento nell'interesse della legge.

di un fatto fra due individui, nel quale la violenza che parte dall'uno, sia causa unica ed efficace della pazienza forzata dell'altro; in cui, cioè a dire, chi patisce non solo in nulla coopera, ma ripugna e resiste con ogni suo sforzo a colui che opera: il che è quello che con frase aristotelica disse il grande restauratore della italica filosofia, *quando quel che pate, niente conferisce a quel che sforza* 1).

10. E la nostra legge penale distingue in due principali specie questa ipotesi generale. La prima è s'ella avvenga sorprendendosi chi sia *fuori di sensi* nè possa resistere; la seconda se avvenga usandosi d'una forza fisica effettiva o prepotente che vinca chi vi rilutta 2). Si accosta al primo caso per disposizione espressa di legge lo stupro ne' minori d'anni dodici sempre, o nei minori d'anni sedici sol quando lo stupratore sia lor tutore, institutore, direttore: si accosta per giurisprudenza al secondo, quando si cede per quel terrore che abbatte, non che una femminuccia, ogni uomo di ordinaria costanza: *Tarquinius sum; ferrum in manu est; moriere si emiseris vocem; cum mortua iugulatum servum nudum ponam, ut in sordido adulterio necata dicaris*. Qual colpa in se la bella donna avea, se l'uom brutale *terrore vicit ostinatam pudicitiam, velut victrix libido* 3)?

11. Ed è sì forte la volontà della legge di dover essere la violenza in questa specie di reati inerente all'atto turpe, e sola sua causa efficace, che mette gran differenza tra *fatto violento* per se stesso, e *fatto accompagnato dalla violenza*. L'accompagnamento può disegnare anche una violenza immediatamente posteriore, che non sia stata causa del fatto 4). Nello stupro la legge diffida delle conclamazioni e delle lagrime d'una donna che cerchi fare il solo uomo reo di una incontinenza comune, onde con queste tristi arti, e non nuove, guadagnarne l'anello nuziale, o trarne il prezzo d'una rimessione; e perciò vuole che la violenza non sia macchinale, come l'urto che in un bigliardo si dà ad una palla, la quale cede e va per la direzione che lo s'imprime, ma quella che superando una resistenza intelligente, e determinata, ed armata di tutte le sue forze, sia il principio e il compimento dell'atto. Se la violenza ingiuriosa è posteriore, non è più violento lo stupro, perchè se questo fu commesso in persona volente, la quale non contraddisse al getto di ciò ch'esserle doveva più caro, la violenza ricade nella sua imputabilità ordinaria, tranno il solo caso, quando sia stata una continuazion feroce di quella che si è usata stuprando 5).

12. Ora stabilite queste condizioni dello stupro violento, vediamo come la gran-corte giudicatrice le ha trasportate alla causa. Ella parla delle voci lamentevoli

1) DANTE, Par. IV, 71.

2) L'art. 339 contempla il primo caso; l'art. 333 e l'art. 341 contemplano il secondo.

3) LIV. I, 58. — Ma S. TOMMASO: *Quae per metum aguntur mixta sunt, et magis voluntaria quam involuntaria*. — E S. GREGORIO *Ad id quod igitur per metum, voluntas timentis aliquid confert*. Se non che siccome quest' *aliquid* non è conferire *operando*, una semplicemente *non respingendo, la forza*, onde evitare un male peggiore, così (prosegue S. GREGORIO) *magis involuntarium est, quam voluntarium*.

4) Come pe' furti per l'art. 408 e 418 e segg. ll. pen.

5) Art. 341 e 342 ll. pen. — In ordine alla continuazione degli atti violenti nello stupro, fu presentato alla corte suprema il caso seguente. Una giovinetta che per una strada pubblica di campagna camminava sicura, fu aggredita da un reo uomo, accompagnato da un altro, ma senza che costui aggredisse egli pure, e tratta con violenza usata da quel solo in un eminato, venne, benchè con le forze tutte resistente, contaminata da lui. Tosto gli subentrò quel compagno, il quale ne abusò ugualmente. La gran-corte dichiarò entrambi convinti di stupro violento, e li condannò alla pena della legge. Ne ricorse il secondo, defendosi che in rapporto a lui niun fatto suo proprio di violenza fisica si leggeva mentovata nella decisione. Ma la corte suprema osservò, che non per blandizie, non per persuasive, nemmeno per petulanza innocua era giunto anche costui all'impuro suo fine; ma che la donzella, già quasi svenuta innanzi a lui, e non uscita mai dalla sofferenza continua di una violenza fisica ed improvvisa, e senza che avesse potuto dopo il primo attacco rifarsi e sorgere in piedi, da lui che per umanità e per religione doveva esserle di aiuto, sofferse immediatamente il secondo; fatto in cui la perdita cui ella soggiacque di ciò che aveva di più caro, non fu men grave del modo brutale onde vi soggiacque, quando per la presenza e l'azion successiva de' due, si fece un più contumelioso oltraggio al suo pudore, quasi che ella fosse una vil meretrice. Così fu rigettato il ricorso. Arresto del 3 agosto 1832, nella causa di *Vincenzo Fierillo*, CAMMARANO comm., NICOLINI m. p.

udite là presso, quando la donna era già risorta: ci dice che all'udir queste l'accusato la minacciò se proseguiva: aggiunge poi che costei era tenuta nell'opinione pubblica per *alquanto demente* Ecco quale è tutta la sua motivazione. Ma in primo luogo io domando: la decisione tien costui per stupratore violento, perchè la donna non era nel libero stato *di chi del senso suo fosse signore* 1)? ovvero perchè conscia ella del bene e del male, resistendo con tutta la forza al malvagio, ne venne suo malgrado espugnata? L'una ipotesi è in contraddizione dell'altra. Non sentir affatto, e sentir tanto, *insiem non puossi, per contraddizion che nol consente.* Anzi incerta la gran-corte tra l'una e l'altra posizione, parla di quei lamenti e di quelle minacce posteriori, ma non ne trae alcuna induzione, che colei ripugnante e resistente fosse stata vinta dalla forza. Non esprime dunque il fatto di violenza nell'atto turpe, e lascia questa condizione di una delle due ipotesi della legge (§ 10) priva di motivazione. Parla poi della semplicità di lei e della *debolezza d'intelligenza, facile ad esser sopraffatta*, ma non ne trae la conseguenza d'essere ella in tale stato d'imbecillità o demenza da soffrir tutto senza accorgersene, se non dopo la sventura. Lascia dunque ugualmente senza motivazione la condizione essenziale dell'altra ipotesi.

13. Nè dee preterirsi, che tanto la gran-corte credette lo stupro consumato senza violenza, che invece di conchiudere: *consta che D. C. abbia commesso stupro violendo*, conchiude: *consta che abbia commesso stupro accompagnato da violenza.* Ma le parole della dichiarazione di reità non possono esser altre che quelle stesse delle quali fa uso la legge. Ne'furti l'art. 518 suppone questi accompagnati da omicidio, e tal reo accompagnamento può essere anche immediatamente posteriore. Ma nella causa di cui ci occupiamo, dev'essere la violenza inerente al fatto, perchè senza violenza vera questo sarebbe una immoralità un atto vergognoso, un peccato turpe, uno scandalo, non un reato.

14. Nè può dirsi la decisione semplicemente *mal motivata*, sì che disapprovato il motivo, potesse rigettarsi il ricorso. Non vi manca il fatto 2), ma non vi è espresso in modo che ne derivi la risoluzione della quistione. È dunque apertamente violata la prima parte dell'art. 293. Domando perciò che la decisione venga annullata 3).

—

1) Ariosto, I, 56.

2) Se il fatto mancasse in tutto, allora la nullità sarebbe d'*ordine pubblico*. Così p. e. *Atteso che nel fatto* non concorrono *gli estremi della frode, non vi è luogo a spedizione di mandato di arresto, e le parti si provveggano innanzi a' giudici civili*. Questo non è *motivare*, ma è un *idem per idem* (V. *supra* n. XII). Arresto 9 giugno 1841, *Mich. Attumonelli*, Loncobardi comm., Nicolini m. p., Feo. Castriota-Scanderbeg avv.

3) Così venne deciso. — Niuna decisione definitiva è eccettuata dalla regola dell'art. 293, ancorchè pronunziata prima o nel corso della pubblica discussione. — *Non vi è luogo a procedimento, nè o querela*: se questa formola vien pronunziata nel corso della instruzione per l'indole stessa del fatto querelato, il quale dato per vero, non conterrebbe reato, la decisione dove esprimere questo fatto: e se vien pronunziata per difetto di pruova, ciò non può farsi, se non dietro una instruzione, ed esprimendo il perchè sia mancata ogni probabilità di poterla proseguire con frutto. Arresto del 5 settembre 1835, nella causa di *Carlo Sementini*, Loncobardi comm., Nicolini m. p, annullamento nell'interesso della legge. — Nelle cause di ricusa, è similmente necessario esprimere il fatto da cui deriva lo scioglimento della quistione. Arresto dei 26 febbraio 1836, nella causa di *Nicola Rotondo*, Montone comm., Nicolini m. p. — Lo stesso è nelle decisioni di competenza. Arresto del 5 settembro 1832, nella causa di *Domenico Laregno*, Loncobardi comm., Nicolini m. p. ed arresto del 14 novembre d. anno, *Francesco Miceli*, Celentano comm., Nicolini m. p. — *Atteso che do' sopradetti fatti che indicano il concorso di più persone nel medesimo fatto, risulta chiora la complicità*, non è *motivore*, perchè la legge disegna in caso di cooperaziono duo gradi di complicità, ed è dovere del giudice estimare i fatti in modo, che nella dichiarazione di reità si attribuisca a' rei il grado che lor compete. Arresto del 23 luglio 1832, *Pasquale Risso* ed *Antonio Miele*, Montone comm., Nicolini m. p. — Ove nella dispositiva si escluda il beneficio dell'art. 391 ll. pen. oelle percosse volontario con arme impropria, le quali han poi prodotto la morte, non può dirsi motivata la decisione, se non esprima che il percussore potea prevedere le conseguenze funeste del suo colpo. Arresto del 17 settembre 1832, *Gaetano Giliberti*, Loncobardi comm., Nicolini m p.—V. il n. XII, p. 205.

XVII.

Continuazione del comento della prima parte dell'art. 293.—Secondo esempio: motivazione della dichiarazione di stupro violento nel quale sia intervenuto un omicidio.

1. Signori 1), il ricorrente è stato dichiarato colpevole di stupro violento, e di omicidio della persona stuprata, intervenuto nello stupro: il testo che si è trascritto della legge applicata, è l'art. 342 delle ll. penali. Or la questione unica che a voi si presenta, è se tale dichiarazione sia motivata con le norme della prima parte dell'art. 293 pr. penale, prescritte a pena di nullità. Ciò mi dà il dovere di scioglicre ne' suoi elementi la idea complessa dell' art. 342, e riconoscere, se questi, senza mancarne alcuno, si esprimano tutti nella motivazione della dichiarazione di reità.

2. Non voglio dire il perchè nè per colpa di chi le gran-corti criminali spesso ci dan nota minuta di tutti gli atti, e di tutte le fasi del processo, e ne numerano tutte le pruove, e ne indicano la origine e il progresso con tutte le varietà, con tutte le contraddizioni che l' errore o la passione vi hanno insinuato. La prima parte dell' art. 293 non vuole ciò: esso vuole solamente, che *il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni debba essere espresso nella decisione*. Fatto dunque, e fatto semplice, non le pruove del fatto, nè la storia del procedimento. La legge ricerca al giudice soltanto quello di cui nella pubblica discussione si è convinto; ma non ricerca ch'ei dica qual verbale sia stato quivi discusso, nè se il tale o tal altro documento o testimone, e piuttosto il carico che il discarico, dopo molte varietà abbia prodotto in lui il convincimento. Anzi nemmeno esige che si esprima ogni fatto di cui il giudice si è convinto, bensì quello soltanto da cui deriva la risoluzione della quistione, sceverato di quanto può esservi di soprabbondante ed inutile.

3. Intanto a misura che si è temuto, che tacere una varietà ed un fatto, potesse far risuscitare accuse di soppression di difesa, i giudici han cominciato ad esporre tutto il processo, dandone un compendio, e spesso trascrivendo tutto ciò ch'è a carico, tutto ciò ch'è a discarico, e trasformando la semplicità del sillogismo in un farraginoso volume. Quando vi ha chi si obblighi a sì servile minutezza, mentre le decisioni si scrivono fra tante altre cure, è prodigioso che ne riesca alcuna ordinata e concorde a se stessa. Tale fortunatamente è il volume di cui ci occupiamo. Esso dopo aver descritti tutti i ravvolgimenti del processo instruttorio, e gli sforzi della difesa, ed i detti de' testimoni a carico, ed i detti a discarico, e le loro contraddizioni, ci dà finalmente chiaro il concetto del seguente fatto, che a mio credere, meritava soltanto di esser trascritto come motivazione della decisione 2).

4. Viveva nelle campagne di Puglia un pastorello di dodici a tredici anni, bello e pronto di persona, ardito di lingua, e caro a' vicini perchè da natura fornito di singolar maestria in modulare il zoffolotto silvestre E le fanciulle ne prendeano più ch'altri diletto; e quando per capriccio o stanchezza ei ristava dal suono, lo pregavano, lo infastidivano, non senza qualche percossa, tra giocosa ed irata, di vincastro o di mano.

1) Conclusioni nella causa di *Francesco Famiglietti*, 11 giugno 1838, Longobardi comm., Nicolini m. p., Antonio Fazzini avv. del ricorrente.

2) Ma prego i giudici, se non vogliono veder in pericolo le loro decisioni, a star piuttosto che al mio avviso, a ciò che avvertii nella nota 2 al § 10, n. X, pag. 376— Intanto si è presentato alla corte suprema il seguente caso. Due fratelli *Giulio* e *Luigi* erano in briga con un infelice, che ne fu ucciso. Costui dichiarò che il suo uccisore era stato *Giulio;* ma l'instruzione posteriore chiarì colpevole *Luigi* La gran-corte si convinse della reità di *Luigi* senza mentovare nè ribattere la dichiarazione del moribondo. E la corte suprema giudicò che questa menzione sarebbe stata una superfluità vana, e non nullità, e rigettò il ricorso. Arresto del 18 giugno 1841, *Luigi Volpe*, De Luca comm., Nicolini m. p. Raff. Conforti avv. del ricorrente Giov. Aceto della parte civile.

5. Una di esse, contadinella non maggiore dell'età di lui, si mostrò un di più dell'altre importuna e procace. Ed ei le rispose con un equivoco, che tranne una certa grazia, nulla avea d'infantile; tal ch'ella ne arrossì, e tacque, conscia del doppio senso che danno que' volgari al fischietto, subbietto del motto. Per tale scherzo, malizioso è vero, ma provocato, il padre di lei, non sì tosto n'ebbe contezza, avvampò di tant'ira, a tanta rabbia, a tal furore si estese, che giurò vendicarsene. Non mai epigramma costò sì caro a un poeta. Pochi giorni dopo, colto solo in non folta boscaglia, il mal arrivato giovinetto soggiacque tra vane grida ad oltraggio nefando; e quindi l'uom brutale gli sciolse furibondo la fascia ond'era ricinto, e non solo ad alto albero lo appiccò con essa per la gola, ma carnefice iniquo, dopo avergli spezzato, e fino all'intime viscere conficcato per la parte violata il fatale instrumento, quivi lasciò lui, spettacolo orroroso ed osceno, miseramente strangolato 1).

6. Abbiamo dunque uno stupro tutto violento, ed abbiamo *ex continenti* l'omicidio volontario nella persona stuprata. Si fa quistione, se basti ciò perchè si dica che niuno degli elementi di fatti i quali compongono la proposizion generale dell'articolo 342, manchi nella motivazione.

7. La legge dopo aver definito, dall'artic. 333 fino al 340, gli attentati violenti al pudore, e i reati che attaccano l'onore delle famiglie, dice con l'art. 341: *I reati indicati negli art. precedenti . . . . saranno puniti con un grado di più. . . se la persona contro di cui si è usato violenza . . . sia stata ferita* o *percossa*. — Qui dunque la legge non ricerca il motivo della ferita o percossa; nè limita l'aggravamento della pena al solo caso dell'ira per la rifiutanza, ovvero a quello di far valere la ferita o percossa come un altro mezzo di terrore o di facilitazione onde ottenere l'intento; o come un mezzo di obbligare la persona violata al silenzio. Il nesso che richiede la legge tra la ferita o percossa, e lo stupro, è nel solo fatto: *se la persona contro di cui si è usata violenza sia stata ferita* o *percossa*.

8. Segue l'art. 342 di cui ci occupiamo: *I reati preveduti ne' precedenti articoli . . . saranno puniti del quarto grado di ferri, quanto la ferita o percossa . . . abbia i caratteri d'omicidio tentato* o *mancato. Se vi sia intervenuto l'omicidio, la pena sarà quella della morte.* — E nemmeno qui si parla di quella specie di nesso nel proposito del delinquente, per cui un reato è mezzo dell'altro, come p. e. quando si faccia servire il reato di sangue all'agevolazione dello stupro, ovvero si commetta per sopprimere la pruova dello stupro, o per ira nata dalla resistenza, o per altra ragione relativa allo stupro. Queste ragioni del nesso fra il reato di sangue ed un altro reato, sono espresse in generale dall'art. 352, e per i furti in particolare dall'art. 408. Entrambi questi art. sono posteriori all'art. 342, il quale si trovava già sancito quando il legislatore li scrisse.

9. Per lo che se le condizioni dell'art. 342 fossero le sole dell'art. 352, sarebbe stato inutile il dire in quello con altra frase: *se vi sia intervenuto l'omicidio, la pena sarà quella della morte.* O non se ne sarebbe parlato, perchè il caso sarebbe stato preveduto abbastanza dall'art. 352, o non se ne sarebbero alterate le frasi che son le seguenti: *Sarà punito con la morte l'omicidio che abbia per oggetto l'impunità, o la soppressione della pruova di un reato, o la facilitazione d'un altro reato, benchè l'oggetto non se ne sia ottenuto.* Ma la legge non parla mai invano, e molto meno cangia modi di dire a capriccio per esprimere la idea medesima. Altrimenti avremmo quella che Bacone chiama *homoimonia*, vizio assai riprovevole, particolarmente se si lasci trascorrere in una legge *noviter digesta. Nam in legibus quae idem sonant, obscuritas oritur ex loquacitate, et difficilius procedit interpretatio secundum sententiam legis (quae sanior est et verior) propter strepitum verborum* 2). Or chi è sì ardito, che voglia di tanta colpa accusare il nostro legislatore?

10. Non parlo dell'art 408, sancito tassativamente per i furti violenti. Ne' casi omessi, dedurre la norma legale dalle cose

1) Menzione se n'è pur fatta a pag. 606 n. XX. § 8.

2) Bacone Aph. 60, 65 e 66.

simili è lecito sempre, benchè cautamente e con senno 1). Ma trattiamo qui forse d'un caso omesso? Trattiamo forse d'una legge ambigua ed oscura, che ha bisogno d'interpretazione? *Se vi sia l'omicidio la pena sarà quella della morte,* parole chiarissime, e sentenza *quae nihil habet aut captionis aut vitii.* Anzi sosteniamo, che *contrarium si probaris*, *multa vitia*, *stulta, iniqua, contraria consequentur* 2). Vi ha certo molte ragioni di nesso fra i due reati, le quali son comuni ed all'articolo 342, ed agli art. 352 e 408; ma ve ne ha pur altre le quali appartengono a quell'uno, e non a questi due, ed altre che son proprie a ciascuno di questi, e non all'altro nè a quello.

11. Imperocchè la connessione necessaria tra l'uno e l'altro reato, tanto per gli art. 352 e 408, quanto per l'art. 342, è sempre che la persona del reo sia la stessa. Comune poi ed all'art. 342, e ad alcuni casi, ma non a tutti, degli art. 352 e 408, è che i due reati siano connessi anche per tempo, cioè commessi o simultaneamente, o l'uno dopo l'altro *ex continenti* 3). Dissi, *non a tutti*, perchè sì nell' uno e sì nell' altro di questi due ultimi articoli non si richiede sempre il tempo simultaneo; anzi più ristretta di casi è la connessione che in un tempo posteriore si richiede nel proposito del delinquente dall'art. generale 352, e più ampia è quella dell' art. 408 particolare a' furti: poichè quell'ultimo ammette tutte le condizioni di quello, e vi aggiunge l'altra della *vendetta di essere stata ritolta la cosa involata* o *scoverto l' autore*, il che può avvenire tanto incontanente, quando ne' giorni e mesi successivi. Or questa condizione di un reato di sangue, la quale può vendicarsi dopo molto tempo da che il furto è commesso, non può certo trasportarsi mai agli art. che particolari ad altri reati, non la prevedono espressamente 4). La quale osservazione disvela sempre più quanto male a proposito si citi in questa causa l'art. 352, e quanto estraneo in tutto ne sia l' altro, cioè l'art. 408.

12. Chè per avverarsi l'art. 342 si richiede sempre, che la ferita o percossa omicida avvenga o nell'atto dell'attentato al pudore, o immediatamente prima, o immediatamente dopo, il che è dinotato dalla parola *intervenire*. All'incontro l'articolo non restringe a questa o a quella la ragione che muove il turpe violatore. O che dunque si ferisca per facilitare lo stupro, per soffogare nel sangue la voce della persona violata, per sopprimerne la pruova; o che si ferisca per sazietà, per disprezzo, per vendetta delle prime repulse, per ira troppo facile a destarsi in uom malvagio alle lagrime ed a' rimproveri d' un infelice; o che si ferisca per altra iniqua cagione, purchè ciò si faccia nel tempo medesimo, o *ex continenti*, l' art. non fa differenza nella pena: un nesso fra i due reati nel proposito del deliquente vi è sempre, benchè non sempre ci sia con le condizioni dell'art. 352, nè dell' art. 408. Ed appunto per ciò la legge ne ha stanziato un art. a parte (*sup.* § 8 e 9).

13. Per lo che quando l'omicidio non si commetta incontanente allo stupro, ma dopo qualche tempo, non può applicarsi mai l'art. 342. Se allora l'omicidio ha per oggetto l'impunità o la soppressione della pruova dello stupro, in questo caso solo può applicarsi l'art. 352, ancorchè l'omicidio avvenga dopo un anno di silenzio. Adunque dell' art. 408 non può parlarsi mai negli stupri, perchè esso è particolare a' furti: può ben parlarvisi dell'articolo 352, quando però, mancata la contemporaneità de' due reati, cioè a dire la condizione particolare all'art. 342, la regola generale, quella dell'art. 352, ripiglia l'impero.

14. E perchè si vegga che ad una opinione diversa *multa vitia stulta, iniqua, contraria consequentur* (§ 10) non è da obbliare, che non vi ha reato al quale più si accoppii là crudeltà, quando lo sfogo della libidine. Dovrò io rivolgermi forse agli storici più gravi, quando descrivono le città prese d'assalto ed i furori del brigantaggio, o alle sacre carte 5), che mo-

1) Bacone, Aph. 11.

2) Cic. *Partitiones oratoriae*, cap. XXXVIII.

3) V. a pag. 128 il n. XIX, § 10.

4) *Durum est torquere leges ad hoc ut torqueant homines. Non placet igitur extendi leges poenales, multo minus capitales. Solemnitas verborum et oclorum non recipit extensionem ad similia. Perdit enim naturam solemnis, quod transit a more ad arbitrium.* Bacon. Aph. 13 e 19. — Art. 200 l. crg.

5) *Regum*, III, 11. — Milton, *Paradiso perduto*, libro I.

strano le orgie dell'aborrito *Chamos*, lascivo spavento de' figli di Moab, internarsi fino all'ara e fra i boschi dell'omicida *Moloch;* la lussuria in mezzo agli odii, quella cioè che negli animi brutali trae fomite ed alimento, non già dall'amore che solo in cuor gentile si apprende, ma spesso dall'abuso de' cibi e de'liquori, dal disprezzo, della vendetta, dall'ira? Tutti eccitamenti nervosi, che la parte del corpo umano la più bestialmente animale 1), associano sì di frequente alla mano ugualmente irritata, che questa distrugge ciò che avanza all' azione furibonda di quella ; simili ai moti di chi tracanna, senza pur gustarlo, il vino a torrenti, e poi ne spezza i vasi, e ne sperde i rottami. Or chi oserebbe sostenere che la nostra saggia legislazione, la quale punisce di morte chiunque dopo un fallo , per salvarsi della pena , sospinto dal desiderio naturale della sua conservazione, uccide chi può accusarlo, lasci che una belva così tetra ed immane 2) commetta impunemente l' omicidio senza oggetto di conservazione propria, ma per ultimo eccesso dell'umana depravazione? Una legge garante del pubblico costume insieme e della sicurezza personale darà la morte al violatore che uccide sol perchè si è resistito al suo pravo disegno o se ne teme la rivelazione, ed userà indulgenza a chi uccide il resistente non tanto perchè resistente , quanto per isfogo di odio e di vendetta 3) ? (a)

15. Tutto mostra in questa causa un omicidio premeditato. Ma il giudice di fatto non ha rivolto a questo la sua attenzione. Non lo lodo io per ciò; ma in corte suprema non posso aggiungere una definizione , di cui è mancante la decisione. Vi trovo bensì nell'animo del deliquente il proposito di aggiungere l'omicidio allo stupro per rendere più strepitosa la vendetta, connessione orribile, ma strettissima fra i due reati. O che l' anello d' unione sia fabbricato da un ardore colpevole e senza modo o misura , o dal posteriore timor della pena , o da un odio antecedente, i due reati son connessi nel disegno del delinquente, e la causa presenta molto di più ch'io non chiedo per l' applicazione dell'art. 342. Tutti questi elementi sono raccolti nella motivazione. Il fatto dunque dal quale deriva la risoluzione della reità , vi è espresso , ed invano si mette innanzi la violazione della prima parte dell'art. 293 p. penale 4).

16. Per le quali cose dimando in nome della legge il rigettamento del ricorso 5).

—

1) Buffon — V. il n. XX, § 8, pag. 606.

2) *Taetram et immanem belluam.* Cic. *Tusc.* IV, 20. I cap. della libidine e dell'ira di questo libro IV dovrebbero qui trascriversi per più ampia dimostrazione del nostro assunto. *Sed defendat quod quisque sentit: sunt enim iudicia libera.* Ibid. IV,4.

3) In Alfieri, *Rosmunda a Romilda*:

Se lui trafitto,
Te fatto avessi da' più vili schiavi
Contaminare, indi svenar, se avessi
Arso e disperso il cener vostro al vento,
Vendotta io mai, pari all'oltraggio avrei?

Mandato, a mio credere, sarebbe questo nella di cui esecuzione l'omicidio sarebbe entrato nell'ipotesi dell'art. 342.

(a) *Secondo il novello codice penale è d' uopo che l'omicidio si commetta allo scopo di facilitare lo stupro, ovvero di assicurarsi l'impunità o la fuga dopo averlo consumato o tentato per soggettare il colpevole alla pena di morte* (*art. 533 n. 3*)*: ai giurati poi bisogna proporre la relativa quistione sul nesso dello stupro tentato o consumato con l'omicidio.*

4) Tutte le violazioni della prima parte dell'art. 293 si risolvono in violazioni di legge penale. Quindi ogni volta che si tratta di motivi di annullamento relativi a questo art. è necessario comentare l'art. della legge penale, la di cui ipotesi si dice violata nella causa. V. quanto dicemmo , per gli omicidii preceduti, accompagnati o seguiti da altri misfatti; quello per la recidiva; per le scuse; per i reati di sangue; per l'età; pel tentativo in generale , e per la complicità; pel pentimento ; per l'ebbrezza; pel porto d'armi vietate; per la falsità della scrittura privata, per le frodi, ec. ec. ec.

5) Così venne deciso.

XVIII.

Comento della seconda parte dell' art. 293 pr penale.—Divieto di esprimere nella motivazione altri fatti che gli esaminati nella pubblica discussione.

1. Signori 1), gli undici mezzi pei quali il condannato *di Pippo* chiede l'annullamento di questa decisione, poggiano tutti sull'art. 293 pr. penale, la cui troppo estesa interpretazione, forma ora l' argomento in moda di quasi tutti i ricorsi. Ma le nullità perchè tendono ad invalidare i giudicati, su' quali *status rei publicae maxime continetur*, non possono mai venir dichiarate tali a forza d'interpetrazione 2): molto più ne' giudizii penali, ove dichiarato nullo un giudicato, si dee la causa rimettere ad altri giudici per nuovo esperimento, e ritardare in tal modo la punizione del reato, e ritoglierne la cognizione a' magistrati territoriali, contro i due principii massimi del dritto, che *culpam poena premit comes*, e che niuno debb' essere distratto da' suoi giudici naturali. È importante dunque il ritirare spesso verso i principii ogni articolo di procedura prescritto a pena di nullità, e particolarmente questo di cui si fa tanto abuso.

2. Ne' giudizii penali la discussione delle pruove in presenza non pur delle parti, ma del pubblico, è parte essenziale del nostro pubblico dritto. Imperocchè, celebrato il principio che i giudizii penali non sono instituiti, che per la pubblica sicurezza ed utilità, non scrittori di dubbia fede, ma i romani imperatori ed i Re nostri dichiararono, che ad un atto in cui tutti sono ugualmente interessati, tutti han dritto d'intervenire; tutti di conoscere su quali fondamenti si esercita il più terribile di tutti i poteri, qual è il poter punitivo; tutti di entrare ne' più minuti particolari delle cause nelle quali si tratta della particolar sicurezza e tranquillità di ciascuno e di tutti 3).

3. Da ciò derivano due grandi effetti, l'uno per la morale pubblica, l'altro per la santità de' giudizii.

4. La pubblica morale si rettifica e si rinforza per la fiducia nelle leggi, la quale rinasce di continuo in vedersi sempre con quale diligenza si va ricercando nelle più oscure sue latebre il reato: ed in ciò sta la forza della famosa sentenza del giureconsulto Carisio, ove è celebrata in così fatta discussione *vox ipsa et cognitionis subtilis diligentia* 4). Quindi ne risulta la presunzione, che chi mal opera, invano si confida *che restar debba il malefizio occulto*, e che la calunnia contro l'innocente non può velarsi d'insidioso segreto. Nè si tema che possano trovarvi i malvagi la scuola pericolosa di sfuggire alla pena quasi che, contro il detto divino, *omnes ignorantes peccare*, non l'ignoranza, ma la instruzione fosse la sorgente de' reati: tanto più che l'esperienza e la filosofia ci ammaestrano, che quanto più i rei si avviluppano fra atti fraudolenti, tanto più offrono estensione e lati moltiplici al fatto criminoso, il quale per ciò si presenta più facile alla investigazione dell'inquisitore, ed ove men si attende, ivi manifesta inavvedutamente sè stesso.

5. Ne' giudici poi si crea con la discussione pubblica efficacissimo il pudore della giustizia. Niuno allora può osare dir convinto o non convinto un colpevole contro il sentimento unanime che traspira in volto agli astanti 5). Quindi è che se pri-

1) Conclusioni nella causa di *Giovanni di Pippo*, 10 agosto 1832, Longobardi comm, Nicolini m. p., Fed. Castriota-Scanderberg avv. officioso del ricorrente.

2) Art. 114, l. org. — *Vacillant iudicia ..... propter viam praebitam ad rescissionem eorum nimis facilem et expeditam. Itaque providendum est, ut .... via ad rescindenda iudicia sit arcta, confragosa et tamquam muricibus strata.* Bacon. Aph. 94. Questa è l'inscrizione che starebbe bene sulla soglia della corte suprema.

3) V. il n. I, pag. 315 di queste *Quistioni*.

4) L. 10, D. XLVIII, 18, *De quaestionibus*.

5) *Curiae uni viro ne committantur, sed ex pluribus constet. Nec decreta exeant cum silentio; sed iudices sententiae suae rationes adducant, idque palam, atque adstante corona; ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et existimatione sit circumscriptum.* Bacon. Aph. 38.

—

vata passione può mai penetrare nel santuario di Temi, ella per vergogna di mostrarsi, vi rimane sempre intimidita e repressa. Quindi il grido contro sì salutevole sistema parte di ordinario da una trista coscienza, o almeno da timore di svelare al pubblico un ingegno inuguale all'ufizio. Quindi i giudici saggi si compiacciono di vedervi una buona beneficenza del Re, per la guarentigia che ritrovano contra ogni calunnia: niuno può dire ch'essi siensi mossi a condannare od assolvere fuorchè da evidenza di pruova, preparata con metodo, e discussa innanzi a tutti con accorgimento e con calma. Ed ecco perchè in una monarchia vastissima, quando appunto il solo principio monarchico era la salute dell'impero, gl'imperatori Valentiniano o Valente 1) e Caro, Carino, Numeriano 2) dichiararono, e siccome Giacomo Gotofredo ne fa certi, lo dichiararono per queste ragioni, essere nulla e contraria a' buoni costumi ogni discussione di pruove fatta *in secreto loro et non intro vocatis omnibus*. Tal che rimontando a questi principii del dritto imperatorio dal quale il nostro deriva, diventa ultima e particolarissima, o non di principio, ma di conseguenza, la ragione che al volgo più piace, della necessità del confronto e del dibattimento fra i testimoni e le parti; perchè veramente sol da questo contrasto *et ex sermone, et ex eo qua quis constantia, qua trepidatione quid diceret, quaedam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt* 3).

6. Ma qual è la sicurezza che il convincimento non siasi portato dal giudice bello e preparato di casa, e ch'egli non siasi rivolto anche a ciò che non *publice et pro tribunali locatus*, ma *in secretario* abbia pria rilevato? Questa è per lo art. 293 la grande innovazione fatta dal sapientissimo nostro legislatore al sistema penale francese. *Il fatto del quale deriva la risoluzione della quistione, debb'essere espresso a pena di nullità: alcun fatto non può esservi espresso che non sia stato esaminato in pubblica discussione, a meno che non si tratti di fatti non messi in controversia.* Sia la corte suprema custode riconoscente e gelosa di questo benefizio del Principe, proprio della nostra patria legislazione; e perciò non conviene rivolgerlo in cavillazione: chè tale per l'appunto è il nome che dànno Ulpiano e Giuliano *quando ab evidenter veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea quae evidenter falsa sunt perducatur* 4). È dunque ufizio della corte suprema il rigettare queste cavillose mutazioni, per serbar puro, e non travolgere a danno della giustizia, il principio.

7. *Alcun fatto non può essere espresso che non sia stato esaminato nella pubblica discussione.* Ma di qual genere dev'essere questo fatto? L'una parte dell'art. si spiega con l'altra; e dobbiam sempre nella intelligenza delle voci *causam et qua mente quid dicitur animadvertere* 5). Questo fatto dunque non è altro che quello *da cui deriva lo scioglimento delle quistioni*. I fatti oziosi, quelli scappati per soprabbondanza dalla penna poco sobria del giudice, non *vitiant scripturam* 6).

8. Se la cosa è così, tutto quello che la legge non ordina al giudice d'inserire nella decisione, non entra sotto l'impero di quest'art. Tali sono i fonti di pruova. La legge non ordina ch'ei dica, se il fatto sia deposto da *Pasquale* o da *Gennaro*, nè che renda conto da qual processo-verbale ei l'ha tratto. S'egli talvolta trasmuta in fastidiosi volumi la semplicità del sillogismo giudiziale 7), narrando a lungo quanto depose il tale, e quanto il tal altro, non è certo lodevole questa sua vana fatica; ma va come se non fosse scritta: e perciò se intricatosi alcuno in questi volontarii ravvolgimenti, erri col dire rac-

1) L. 2, Cod. Theod. *De off. rect. provinciae.*
2) L. 6, C. VII, 45, *De sent. et interlocutionibus.*
3) D. l. 10, § 5, D. XLVIII, 18, *De quaestionibus.*
4) L. 177 *De verb. sign.*, e 65 *De reg. iuris.*
5) L. 19, D. X, 4, *Ad exhibendum.* — L. 8, D. XVII, 1, *Mandati.*
6) L. 94 *De reg. iuris.* — Dichiarato un reo colpevole d'un furto di statua di argento e di altre sacre suppellettili da una chiesa, la gran-corte parlò nella motivazione dell'involamento della *cartagloria* dall'altare, la quale risultava dalla pubblica discussione ch'era rimasta in chiesa. La corte suprema l'ebbe come un fatto ozioso, e rigettò il ricorso. Arresto del 10 gennaio 1835, *Andrea Mannella*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — V. la *nota* 2 alla pag. 763.
7) V. la concl. precedente, § 2 e 3.

colto un fatto da un testimone, o da un verbale, mentr'è scritto sotto il nome di un altro, basta che il fatto sia stato esaminato in pubblica discussione: *demonstratio plerumque vice nominis fungitur* 1): *nihil obest quod in syllaba erretur* 2): *substantia potius, id est veritas intuenda* 3).

9. Così pure se il concetto morale del fatto è diverso da quello del testimone che lo ha deposto, è da rammentare che il concetto morale è tutto del giudice. I fatti particolari da' quali esso deriva, debbon essere esaminati nella pubblica discussione, ma non trascritti, nè espressi nella decisione come li enuncia e li estima il testimone 4).

10. Vi ha pure de' modi complessi di dire, attribuendo al testimone un giudizio ed un' idea astratta la quale è tutta del giudice. Così p. e. il testimone non deriva dal fatto ch'ei depone, l'ira o l'inimicizia, o l'amore o l'odio di alcuno. Viene bensì a derivarnelo il giudice; ed intanto nel riferire il fatto espresso dal testimone ed esaminato nella pubblica discussione vi attacca sì tenacemente il suo proprio giudizio, che nell'esprimerlo dice deposta da quel testimone quell'inimicizia e quell'amore. *Valet quod acti est.* La proposizione deve interpetrarsi dal vero, nè calunniarsi perchè ad esprimerla s'impiega un modo comune di dire; ed è troppo comune l'attaccare i nostri giudizii e le idee astratte a' fatti particolari da' quali le deriviamo. La legge vuole che questi fatti sieno esaminati nel dibattimento. Quando ciò è seguito, l'esprimerlo inesattamente, confondendovi la operazione intellettuale del giudice, non mena a nullità, perchè niuna legge lo vieta 5).

11. Dal che deriva che omettere i fatti da' quali il giudice non deriva la risoluzione delle quistioni, è purgare la motivazione d'ogni superfluità, non è contraffare alla legge 6). Non l'omissione di qualche pruova o di qualche circostanza di fatto, ma la mancanza di esprimere i fatti da' quali si trae la dichiarazion di reità, fa rescindere le decisioni 7). Così pure non è nullità se il giudice mesce alla sposizione del detto del testimone, l'estimazione ch' egli ne fa, senza riserbarla ad altro luogo distinto 8). Così pure se il giudice penale può scindere le confessioni de' rei, non è nullità esprimerne solamente la parte di cui si è convinta 9); o delle contraddizioni di un testimone o

1) L. 30 in pr. D. XXXV, 1, *De condit. et demonstrationibus.*

2) L. 54, D. XL, 4, *De manumissis testamento.*

3) L. 2, § 2, D. LXI, 4, *Pro emptore.*—I fatti debbono essere espressi secondo il senso, non con le parole de' testimoni. Arresto del 17 settembre 1832, *Domenico Betti*, MONTONE comm., NICOLINI m. p. — Arresti de' 21 novembre 1833, *Carlo Tripepi*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.; o dei 30 nov. 1832, *Giuseppe Parise*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

NOODT nel cap. 9, lib. 1, della sua eruditissima opera, *Probabilium iuris civilis*, raccoglie gli errori materiali di luoghi, di nomi, di tempo, ne' quali spesso caddero gli uomini occupati e sospinti sempre dal movimento degli affari, come CICERONE, AUGUSTO, ULPIANO ec. Osservazione fatta già da PLAUTO, *Casina*, II, 1. — *Se a me pietate Negar non vuò, non fia che altrui condanni.* — Per i *nomi*, arresto 12 ott. 1832, *Antonio Tucci*, MONTONE comm., NICOLINI m. p. Arresti del 18 agosto 1833, *Vincenzo Presta*, e del 6 agosto 1834, *Giuseppe Zelano*, lo stesso comm. e m. p. — Per l'errore di *data*, arresto 8 giugno 1836, *Vincenzo Pino*, FRANCHI comm., NICOLINI m. p. — Se non che se la *data* forma parte essenziale della difesa, p. e. in una coartata, escluder questa, errando in fissare la data, è nullità. Arresto 19 febbraio 1836, *Nicola Sommella*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p. — Non così quando l'errore della cicostanza è puramente materiale, e non altera il fatto. Arresto del 23 luglio 1838, *Vito Trifone*, DE LUCA comm., NICOLINI m. p.; e del 30 luglio 1838, *Vincenzo Parascandolo-Ladonea*, LAUDATI comm., NICOLINI m. p. — Così pure non è da attendersi qualche errore di qualità, come p. e. chiamar *testimone* il *principale*. Arresto del 1 agosto 1836, *Pasquale Fiorentino*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p.

4) Arresto del 3 settembre 1832, *Paolino Lavia*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p. — 16 settembre 1833, *Luigi* e *Giuseppe Raicaldi*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p.

5) Così p. e. in una decisione, riferendosi i fatti deposti da un testimone, si attribuì a costui il giudizio d'inimicizia del reo con l'ucciso, la quale derivava da questi fatti, ma che non si era così esposta dal testimone. Si giudicò quindi non osservi nullità. Arresto 8 giugno 1836 nella causa di *Emiddio del Medico*, FRANCHI comm., NICOLINI m. p.

6) Arresto del 12 nov. 1832, *Filippo Antoniani*, CAMERANO comm., NICOLINI m. p.

7) Arresto del 26 aprile 1837, *Rocco de Fina*, MONTONE comm., NICOLINI m. p. — Arresto del 22 novembre 1837, *Filippo Tectè*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

8) Arresto del 30 novembre 1832, *Sisto de Bernardo*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

9) Arresto del 18 gennaio 1835, *Antonio Sca-*

d'un reo esprimere la parte sola alla quale assentisce 1). La regola è una : il solo fatto da cui deriva la risoluzione della quistione debb'essere espresso, e questo unicamente tratto dalle pruove esaminate nella pubblica discussione 2) , e ciò , purchè non sieno fatti non messi in controversia 3).

12. Ritirata a questi confini la intelligenza dell'art. 293, è facile il dar risposta agli undici mezzi presentati dal ricorrente. Ne duole dover applicare queste verità ad una decisione scritta molto negligentemente; ma gli errori di compilazione *quos aut incuria fudit, aut humana parum cavit natura*, rientrano in quella cattiva motivazione che può venir forse disapprovata, ma non portata a motivi efficaci di annullamento 4).

13 Si dice col *primo mezzo* esser nato il convincimento de' giudici dal reperto della scure e dalle macchie di sangue di cui essa era intrisa. Ma la scure non fu mai disuggellata alla presenza de' giudici a' termini dell'art. 71. Ciò che ancora è chiuso , non può dirsi esaminato nella pubblica discussione.

14. Veramente non è lodevole quest'obblio della gran-corte. Le leggi di procedura non sono scritte per non essere eseguite, o per esserle ad arbitrio. Ma l'accusato aveva dritto di chiedere questo disuggellamento, e nol fece. Tacque alla lettura del verbale del reperto, non che del giudizio de'periti, che quelle macchie erano macchie di sangue. Questo dunque fu un fatto *non messo in controversia*. La legge non prescrive a pena di nullità quel disuggellamento , se non siasi dimandato dal ministero pubblico, o dall' accusato 5).

15. Si dice nel *secondo mezzo* , che l'inimicizia dell' uccisore con l' ucciso è derivata, secondo la decisione della gran corte, da alcune pretensioni di servitù di predii rustici; ma ella in indicarne i fonti di pruova , aggiunse che l' accusato *nel suo interrogatorio non ha potuto fare a meno di manifestare la sua inimicizia per la causa di sopra espressa ;* e poi ripete , questa inimicizia *venne manifestata anche dall'accusato medesimo nel suo interrogatorio*. Or nell'interrogatorio l'accusato parlò di quelle pretensioni di servitù, ma non manifestò che per esse egli avea conceputo odio o inimicizia contro l'ucciso.

16. Non può dissimularsi di essersi la gran-corte esposta volontariamente a questa censura. Il fatto era quello, ed il fatto era stato esaminato nella pubblica discussione. Ma il concetto morale dell'inimicizia che se ne trae , è della gran-corte ; ed ella non ha distinto il giudizio suo proprio, dal fatto consentito dal reo nel suo interrogatorio; e vedendo quello sorger spontaneo da questo, ve lo ha attaccato e quasi medesimato nelle frasi che usa. Se non che il fatto da cui ella deduce l'inimicizia, è il solo che doveva essere esaminato nella pubblica discussione. Il giudice vi mescè il giudizio suo proprio. Questa poco distinta maniera di esprimersi è piuttosto un difetto di ritrarre in carta l' analisi della idea , o se si

polatiello, Longobardi comm , Nicolini m. p.

1) Del pari può il giudice negare ogni fede al testimono per le sue contraddizioni, e sopprimerne in tutto nella decisione la mentovazione. Arresto del 3 agosto 1835, *Lorenzo Tursi*, Montone comm., Nicolini m. p. — E che sopprimere possa sempre la mentovazione di un fatto discusso di cui la gran corte non si è convinta, è la mia opinione. Noi può però quando è dedotto per difesa , questa è l'ultima opinione della corte suprema: Ripetiamo: *Defendat quod quisque sentit : sunt enim libera iudicia.*—V. i nn. VIII, IX e X, p. 365, 369,374.

2) Arresti del 7 e del 9 marzo 1836, *Francesco di Virgilio* e *Michelangelo Salmila*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — La istessa inesattezza delle forme dialettiche non mena a nullità: d. arresto del 7 marzo 1836 per *de Virgilio*. — Basta la motivazione, benchè breve, purchè contenga gli elementi della soluzione della quistione di fatto Arresto del 20 giugno 1836, *Bonaventura Campanile*, Montone comm., Nicolini m p. — 11 luglio 1836, *Francesco Longobardi*, De Luca comm., Nicolini m. p. — V. l'avvertenza preliminare innanzi al n. VI. pag. 55.

3) Non si lesse in pubblica discussione l' autorizzazione data ad un usciere per eseguire alcuni atti del pubblico ministero. Ma di ciò convenivano le parti. Intanto nella dichiarazione di resistenza all'usciere in un atto di sequestro, la gran-corte si convinse della legalità dell'autorizzazione. Perchè fatto non messo in controversia, non fu efficace per far rescindere la condanna : il ricorso venne rigettato. Arresto de' 30 ottobre 1835, *Carmine Arcuri*, Morelli comm., Nicolini m. p.

4) Art. 124 l. org. — V. le avvertenze che precodono il n. XII pag. 737.

5) Art. 330 pr. penale. — E letto un verbale di cattura del reo, ove si fa menzione del reperto dell'arme, benchè l'altro verbale del reperto non sia letto, se questo non è messo in controversia, non è nullità. Arresto 8 luglio 1836 , *Giuseppe Cerra*, De Luca comm., Nicolini m. p.

vuole, una cattiva motivazione, non violazione diretta dell'art. 293.

16. Il *terzo mezzo* è relativo alle minacce. Il ricorrente assume che una sola volta egli ha profferito minacce, e che la gran-corte le stabilisce continue. La gran corte però non dice una nè due fiate: dice solo in termini generali: *il de Pippo intanto non lasciava di eruttare delle minacce di vita* contro *Santella*. Se avesse detto *lasciò*, non avrebbe dato al ricorrente tanta occasione di declamare. Quell'indeterminato, *lasciava*, ha fatto credere a lui che la gran-corte avesse creduto, che non una, ma più volte egli avesse minacciato. Dispenseremo noi di grammatica, per dimostrare con la scorta de' classici, che nell' indole della nostra lingua è il porre spesso l'imperfetto indeterminato, per un passato ed anche per un futuro determinato?

17. Il *quarto mezzo* riguarda la distruzione della siepe fatta dal condannato nel dì precedente all'omicidio: siepe, che divide il suo fondo da quello del suo mal augurato vicino. Di questa distruzione si risentì l'ucciso, dicendo, che avrebbe voluto *accomodarlo nel mattino seguente*. Ciò fu discusso. La gran-corte interpetra poi questo fatto, come se l'ucciso avesse minacciato il condannato di una querela giudiziale. Non dice però, che questa è sua interpetrazione. È vero che mal può lodarsi questo confonder sempre il giudizio proprio col detto del testimone. Ma non è men vero, che guardando la sostanza della cosa e la verità, questo giudizio è il concetto morale de' giudici, che deriva dalla discussione di quel fatto, e di quelle parole riferite ed esaminate in dibattimento.

18. Il *quinto mezzo* censura la decisione, che mentre la disgraziata madre e moglie de' due uccisi disse aver prima veduto il figlio moribondo, e quindi il marito già estinto, e che il primo le avea mostrato l' uccisore, la gran-corte la fa incontrare prima nel padre, e poscia nel figlio. Al che io rispondo, che questa parte di decisione non dice espressamente ciò: confonde piuttosto le cose. Ma non è questo incontro o prima o dopo, il fatto da cui deriva la risoluzione della quistione. Il fatto essenziale è nella indicazione che il figlio moribondo fa dell'uccisore; e questo è non pur esaminato in pubblico, ma trascritto nella decisione con le stesse parole di chi lo depone. — Similmente la gran corte dice che quella indicazione del figlio semivivo fu fatta con *costante assicurazione*. Come *costante*, grida il ricorrente? Egli la fece con voce moribonda, e spirò. — Ma il *costante* non indica sempre *durante per lungo tempo* indica spesso *ab omni dubitatione securum*. Perciocchè un giovinetto vicino a morte non aveva interesse d' incolpare altri che il suo vero uccisore. Quest'assicurazione fatta da lui, raccogliendo tutti i suoi spiriti, fu fatta forse con voce tremante, ma con chiarezza, certezza e fermezza d'animo per ciò che diceva; e tal concetto è ben ritratto dalla voce *costante*. Così le gran-corti non pronunziano che una volta sola, ed usano la formola *consta, è constante*. Poteva la gran-corte dar meno occasione al ricorrente di esercitare il suo ingegno. Ma possiamo noi rescindere per ciò la decisione 1)?

19. Il *sesto mezzo* cerca dimostrare che un giovanetto col capo aperto dalla scure del suo iniquo uccisore, non poteva per leggi fisiche articolar più parola. Ma il ricorrente doveva oppor ciò innanzi alla gran-corte criminale, onde i maestri dell'arte salutare avessero potuto ragionarne, ed illuminar la gran-corte sulla possibilità o impossibilità in cui era il ferito di pronunziar quelle voci. Quel che la corte suprema dee veder solamente, è se nel fatto esaminato in pubblica discussione, quelle parole del moribondo e quella indicazione sieno registrate e non contraddette.

20. Il *settimo mezzo* si rivolge ad accusare qual immaginaria e non esaminata nella pubblica discussione la mentita che dà la decisione alla coartata; perchè niuna *coartata* oppose l'accusato. Ed in vero nelle sue posizioni a discolpa egli non parla di *coartata di tempo*. Nel suo interrogatorio però disse che in tutta quella notte in cui avvennero i due omicidii, egli

1) Per contrario se un dirubato riconosca dubitativamente il ladro in un atto di affronto, e la gran-corte nella sua motivazione dice che lo ha riconosciuto con certezza e costanza, la nullità è evidente. Arresto del 21 marzo 1836, *Francesco Mammoliti*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p.

si era trattenuto in sua casa. Disse dunque ch'era stato altrove che nel luogo del reato. Non può applaudirsi alle espressioni troppo generali della decisione: *ha dedotto in suo discarico coartata di tempo rimasta smentita*, le quali han dato luogo a questa censura. Ma l' interrogatorio è parte del discarico; l'interrogatorio è stato discusso; e tutto il ragionamento della gran-corte è inteso a smentirlo 1).

21. L'*ottavo mezzo*, come il *nono*, il *decimo*, e l'*undecimo* hanno tutti un appicco alla poca felicità ond'è compilata la decisione: ma non ve n' ha un solo che veramente indichi un fatto non esaminato in pubblica discussione. Là sono usate parole alquanto diverse da quelle dette dai testimoni, ma che non ne cangiano la sostanza: qua il giudizio della gran-corte è accusato come arbitrario, e non conseguente; e tutto si rivolge meno a' fatti non discussi, che a quistioni di estimazione di fatti, ed a concetti morali tratti da fatti discussi.

22. Per queste ragioni dimando il rigettamento del ricorso 2).

XIX.

Altra quistione relativa all'art. 293 pr. penale.—Quale sia la specie del giudizio di fatto riserbato alla corte suprema di giustizia.

1. Signori 3), pel misfatto, sull'accusa del quale è stata giudicata contro al ricorrente la pena degli omicidii volontarii, il testimone il più importante era *Raffaele Mauro*. Costui sul principio negò aver riconosciuto il reo; ma tosto convinto di essere stato presente all'avvenimento, disse che per seduzione aveva in prima taciuto il vero, e tutto narrò a parte a parte il fatto. Questa dichiarazione non giurata occupa i due fogli 176 e 177 della instruzione. Assegnato poscia per la pubblica discussione, si seppe ch'ei giaceva infermo in uno spedale vicino. Si commise ad un giudice di esaminarlo di nuovo, e con giuramento, ed in presenza del ministero pubblico e del difensore dell'accusato: e *Mauro* tornando a' primi suoi detti, giurò nulla aver conosciuto nè veduto del fatto. Nel verbale di questa dichiarazione giurata si fa espressa menzione di essergli stata *data conoscenza di quanto trovasi scritto nella dichiarazione sotto il suo nome a' fogli* 176 e 177.

2. La gran-corte nella motivazione della decisione dimostra quanto fallace fosse stata quest'ultima ritrattazione del testimone *Mauro*, e crede sincera soltanto la dichiarazione espressa ne' fogli 176 e 177. Ma il verbale della pubblica discussione è contento alla sola proposizione: *si è data lettura della dichiarazione di Raffaele Mau-*

1) Che se i testimoni avesser deposta questa coartata, il giudice da altri fatti poteva anche trarre la sua convinzione in contrario. Arresto del 19 dicembre 1836, *Valentino Cosentini*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

2) Così venne deciso. — Quando la convinzione si trae da documenti, non basta che nel verbale della discussione pubblica si usi la frase generale: *si sono letti tutti i documenti da leggersi*, ovvero l'altra: *si sono letti tutti i pezzi di pruova*. Come è necessario che nella lista sieno indicati ad uno ad uno tutti i documenti che s'intendono far leggere (V. il n. VII, § 16 p. 55), così debbono questi nel verbale della pubblica discussione indicarsi ad uno ad uno a misura che sono letti e discussi. Altrimenti traendosi dall'uno più che dall'altro un fatto certo nella motivazione della decisione, vi è nullità. Arresto del 6 agosto 1838, *Antonio Angolini*, DE LUCA comm., NICOLINI m. p. — Così pure sarebbe nullità, se la gran-corte dicesse essersi convinta del fatto contenuto in un verbale, perchè *solenne e legale*, mentre vi mancano molte legalità. Arresto del 24 luglio 1839, nella causa di *Sante Provenzano* e *Francesco Porco*, CELENTANO comm, NICOLINI m. p. — Molti altri casi dell'art. 293 sono stati da noi indicati nel § 8 dell'avvertenza preliminare a queste conclusioni, n. XII e segg., ed altri ne verranno indicati appresso; perchè non cessa l'art. 293 pr. pen. di esercitare gl'ingegni: *Sapientissima enim res* TEMPUS, *ut ab antiquis dictum est, et novorum casuum quotidie auctor et inventor*. BACON. Aph. 32. Ma in ogni caso che ha apparenza di nuovo, conviene riportar la cosa a' principii, e non ad un esempio che n'è la conseguenza; e sempre dee ripetersi che la conseguenza non dee trasformarsi in principio per trarne altre conseguenze: *Alioquin labetur paulatim ad dissimilia, et magis valebunt acumine ingeniorum, quam auctoritates legum*. Aph. 16. — V. il § 18 del n. XI, pag. 729, e la ministeriale al n. XX.

3) Conclusioni nella causa di *Nicolo Mossoro*, 24 febb. 1840, CELENTANO comm, NICOLINI m. p. GIACOMO TOFANI avv. del ricorrente.

ro al foglio 176. Dunque, dice il ricorrente, non fu letta nella pubblica discussione la dichiarazion solenne fatta nello spedale: ella è registrata in altri fogli, anzi in altro volume. La prima dichiarazione poteva esser letta alla pubblica udienza, la seconda il doveva per l'art. 258 pr. pen. a pena di nullità 1). Dunque è nullo il procedimento. E credendo ei sempre che la ritrattazione non fosse stata letta alla pubblica udienza, osserva che espressamente di essa si ragiona a lungo nella decisione, che non sia stato esaminato nella discussione pubblica. Dunque non solo lo art. 258, ma anche l'art. 293 è stato violato.

3. Se non che è da osservare, che in un verbale di discussione pubblica, alla menzione d'un atto non è necessaria l'indicazione de' fogli: bastava dire, *si è letta la dichiarazione di Raffaele Mauro*. È dunque una indicazione inutile, tal che mille volte che avete trovato un foglio indicato per un altro, avete rigettato il ricorso. Alla gran-corte può dirsi: aggiungendovi questa indicazione, *viam duriorem elegisti*. Ma non può dirsi, che mancandovi la piena indicazione, abbia violato la legge.

4. Imperocchè quando si tratta di semplice indicazione, anche negli usi comuni della vita, il principio e l'avviamento di una cosa, e spesso un segno ed un nome indica il tutto. La prima dichiarazione di quell'uomo è scritta in due fogli, 176 e 177. Quando nel verbale si dice di essersi letta la dichiarazione al foglio 176, non si dice forse ch'è stata letta tutta, e sino all'estremo del foglio 177? Or la dichiarazione compiuta è quella che contiene tutte le dichiarazioni del testimone. Quando dunque si disse di essersi letta la dichiarazione di *Mauro*, ciò attesta di essersi ella letta in tutto il suo corso, e la indicazione del foglio 176 non mostra tassativamente la lettura di questo solo foglio, ma nomina la parte per il tutto, l'uscio per l'intero edifizio, il tronco per l'albero, la prima mossa per lo stadio e la meta. Noi usar sogliamo nel conversare tante metonimie e tante sineddoche, che puerile a me sembra il riprenderne alcuna nelle decisioni. È il nome dato a ciò che fu letto. Ma non è quistione del nome; la quistione è della cosa. Fu letto il complesso intero che forma la dichiarazione di *Mauro*, o ne fu letta la sola prima parte? Questo è il fatto che debb'esser chiarito.

5. Sarebbe strano il supporre che niun fatto voi potete assolutamente estimare. Voi non potete rivedere il fatto da cui deriva la risoluzione delle quistioni nel giudizio del merito 2). Ma i fatti su' quali poggia l'ammessibilità de' motivi per annullamento, sono certamente esaminati e valutati da voi. Non è forse una quistione di fatto, se il ricorso sia stato intimato, se sia prescritto col passaggio non oppugnato ad altri atti, se la rinunzia ad esso sia fatta da chi vi ha dritto, se gli elementi dei quali è composta la motivazione sieno in contraddizione fra loro, o menino ad altra conseguenza che non è quella che ne trasse il giudice del merito, e se siasi insinuata nella decisione una circostanza non esaminata in pubblica discussione? Niun magistrato, dal conciliatore fino al consigliere della corte suprema, ha facoltà di pronunziare di cose astratte e generali 3): tutti debbono avere un fatto per base; e questo fatto, quando è di loro attribuzione, è discusso, estimato e giudicato da essi. Voi dunque, giudici del motivo per annullamento con cui si dice violato l'art. 258, voi dovete giudicare se quella frase, *letta la dichiarazione al foglio* 176, debba intendersi materialmente e come suonano le parole, ovvero sia una sineddoche, che con la nominazione del solo principio dimostri tutto il corso e tutte le fasi della dichiarazione di *Mauro*.

6. Or in questa interpetrazione di parole esprimenti un fatto, voi non avete altre regole, che comuni ad ogni interpetrazione di simil genere. Il punto da cui si parte, è che la interpetrazione dee farsi *ut actus magis valeat, quam pereat*, canone rinforzato in voi dal principio della vostra istituzione di non dover' essere facili nè proclivi a rescindere i giudizii: la violazione dev'essere *manifesta di un testo espresso di legge*, parole gravi che annunziano *quam sit arcta, confragrosa, et tamquam muricibus strata, via ad re-*

1) Art. 242 pr. pen.
2) Art. 192 pr. pen.
3) Art. 197 l. org. nap. — Art. 228 l. org. Siciliana.

scindenda iudicia 1). Stabilito ciò, ogni oscurità o ambiguità si risolve con la ragion naturale con l'uso e con ciò che precede o conseguita 2).

7. Or se quella breviloqua indicazione non indicasse la lettura di tutta la dichiarazione del testimone, comprese anche le sue spiegazioni e le ritrattazioni fatte alla presenza del difensore del reo, troppo balordaggine supporremmo in costui nel non richiederla intera, perchè nella ritrattazione stava la sua difesa, e nel protestarsene subito, ove mai ciò fosse stato negato: queste spiegazioni e ritrattazioni formavano la salute del suo cliente. All'incontro queste erano note sì a lui che al ministero pubblico: ma fatte già fuori della presenza della gran-corte, ond'è che la g. c. no forma il soggetto di lunghi consideramenti, se non fossero state lette e discusse in udienza pubblica? Gli autori della decisione sono anch'essi gli autori del verbale di pubblica discussione. La decisione e il verbale fan fede d' essere stata così decisa e discussa la causa, sol perchè la stessa gran corte lo attesta; e la gran corte pria de' suoi consideramenti nella decisione, comincia così: *Atteso che dalla pubblica discussione è risultato e si è ritenuto il fatto seguente;* e parte di tal fatto è la spiegazione e ritrattazione del testimone quando nello spedale gli fu letta la dichiarazione al foglio 176. Dunque è un fatto constante che la spiegazione fatta nello spedale fu anche letta e discussa. Dunque ella fu compresa nella indicazione di essere stata letta la dichiarazione del testimone al foglio 176. Dunque questa indicazione racchiude l'idea di quanto ha dichiarato in giudizio il testimone; e perciò la violazione dell'art. 258 e 293 non regge in fatto.

8. Ed ancorchè il fatto reggesse, nemmeno menerebbe a nullità nella causa. Non vi sarebbe nullità per l'art. 258, perchè la mancanza di lettura non sarebbe stata rilevata, ed il dritto a derivarne una nullità non sarebbe stato conservato con apposita protesta 3). Nemmeno vi sarebbe nullità per l'art. 293, perchè esso è sottoposto all' eccezione, *meno che non si tratti di fatti non messi in controversia.* Era forse messo in controversia, che *Mauro* si fosse ritrattato, se egli si era ritrattato in presenza del ministero pubblico e del difensore dell'accusato, che poi conchiusero e derivarono da questo stesso fatto opposte conseguenze?

9. Per sì fatte ragioni dimando il rigettamento del ricorso 4).

XX.

Appendice a' nn. XIV e XVIII — Ministeriale relativa alla motivazione delle decisioni.

1. Signori, non poche decisioni sono state annullate dalla camera criminale di cotesta corte suprema di giustizia di violazione dell'art. 293 delle leggi di pr. penale. Il buon successo de' mezzi, a questo articolo affidati, ha contribuito notabilmente all'aumento de' ricorsi.

2. Conveniva svelare colla maggior precisione il senso dell'enunciato articolo ed assegnare alla sua applicazione, non che alla discussione de' mezzi sullo stesso fondati, giusti confini, oltre i quali la suprema corte andrebbe senza volerlo al giudizio di fatto, essenzialmente estraneo alle

1) Bac. Aph. 94 e 97. — V. il n. XVIII, § 1 pag. 767.
2) Art. 1109 e segg. ll. cc.
3) Art. 268 pr pen.
4) Così è stato deciso. — Nella *nota* 4 al § 8 del n. precedente abbiamo riferito molti esempii dell'errore di nome nella indicazione d'un testimone, e gli arresti della corte suprema, che dichiarano non essere per ciò viziata la motivazione. In causa recentissima, nella motivazione s'indicava la testimonianza d'una *Maria-Rosa Perfetti*, mentre il nome della testimone intesa nella pubblica discussione era quello di *Maria-Rosa Modesti*. Ne fu elevato un motivo di annullamento per violazione dell'art. 293. Si è risposto che l'art. non vuole altro che niun fatto che ha motivata la risoluzione della quistione, possa esser mentovato se non sia stato esaminato in pubblica discussione. Or il fatto dichiarato dalla testimone era appunto quello che si trascrive nella motivazione. L'errore del nome non vizia l' atto. Il ricorso è stato rigettato. Arresto del 18 giugno 1841, *Giovanni Domenicone*, Pacano-Larosa comm., Nicolini m. p., Leopoldo Rafaelli avv. del ricorrente.

sue cure. Prestansi opportunamente al bisogno le conclusioni che il pubblico ministero ha emesse nella causa di *Giovanni di Pippo* 1), e nell'altra di *Nicola de Meo* 2).

3. Nella prima di queste cause il pubblico ministero, dopo ragionata discussione, ha nettamente mostrato di non trovarsi nella decisione impugnata, che lieve inesattezza di redazione, incapace di portare l'annullamento ammesso dalla legge non per inavvertenze indifferenti, ma per motivi ben gravi nell'interesse della giustizia. La suprema corte accogliendo la dimanda del ministero pubblico, ha profferito il rigetto del ricorso.

4. La domanda stessa non ha ricevuto nella causa di *Nicola de Meo* egual successo. A maggioranza di cinque voti sopra quattro si è nella medesima pronunziato l'annullamento della decisione impugnata, in forza di una massima, da non lasciarsi inconsiderata, e pel merito, e per le sue conseguenze ne' giudizii penali.

5. Al proposito si ricorda, che il testimone *Carmine-Antonio Pescatore* dichiarò di aver nella notte dell' omicidio di D. *Giovan-Battista Stefanelli*, ravvisato tra gli uccisori *Nicola de Meo*. Si procedè ad un esperimento di fatto in cui non riconobbe il testimone alcuna delle persone che vi furono impiegate, ma nella discussione pubblica egli ripetè che ravvisò effettivamente tra i rei *Nicola de Meo*, anche perchè n' intese la voce. La gran corte punitrice, che valutò la testimonianza di *Carmine-Antonio Pescatore* combinata cogli altri elementi di pruova, si convinse della reità dell'accusato.

6. Oppone la corte suprema alla sua convizione l' assunto, che non dovea prestarsi fede a' detti di quel testimone per non aver egli nello esperimento riconosciuto alcuno: « che se il giudice è libero « in accordar l'esperimento, ove ei l'ab- « bia accordato, *rimane il suo potere* « *convittivo*, *subordinato per fatto suo* « *al risultamento dello esperimento*. »

7. La suprema corte autorizzata a profferire l'annullamento nell' ultimo caso di violazione di legge, dovendo palesare nella sua decisione la legge violata, vi ha trascritto gli art. 292 e 260 delle leggi di procedura penale.

8. Non s' intende bene come vagliano essi a giustificar la massima e l'annullamento della decisione. Non soddisfa all'oggetto il primo de' due articoli, giacchè nella decisione impugnata precedono alla dichiarazione di reità i fatti semplici, che l'avvalorano; e non si enuncia alcuno di questi fatti, che non sia stato discusso in pubblica udienza; non il secondo articolo, giacchè mentre questo pone nelle facoltà del giudice ordinar nel bisogno lo sperimento di fatto, non s' inoltra a disporre sopra i suoi risultamenti, e molto meno attribuisce loro una influenza necessaria sulla convizione del giudice.

9. Ricorda opportunemente al proposito il ministero pubblico il divario tra lo sperimento che mostri la impossibilità fisica di avere il testimone veduto o inteso ciò che egli contesta, e lo sperimento che include siffatta possibilità 3). Inoltre le sue conclusioni offrono ben giuste osservazioni sulle conseguenze di questo divario in rapporto alla credibilità del testimone ed alla pruova dell'avvenimento.

10. Non è disutile aggiungere che lo sperimento di fatto è tra' mezzi destinati all'acquisto delle pruove, e che nel sistema del criterio morale la valutazione di pruove (legalmente raccolte e discusse) non riceve dalla legge direzione, nè limitazione alcuna; ma è confidata interamente alla coscienza libera del giudice. Non entrando in questa valutazione il ministero della legge, non potrà esservi violazione della medesima, nè motivo legale di annullamento.

11. Farà nota, sig. procurator-generale, questa mia alla camera criminale della suprema corte, ed eserciterà colla di lei consueta energia la parte del suo ministero, affinchè abbiasi nelle decisioni del supremo collegio una giurisprudenza sempre analoga al senso della legge, e di guida sicura all'applicazione pratica della medesima ne' casi diversi.

Il ministro segretario di stato di grazia e giustizia, N. Parisio.

—

1) Al n. XVIII, pag. 767.
2) Al n. XIV, pag. 749.

3) N. XIV, § 10 pag. 749 e segg.

—

XXI e XXII.

Altri esempli di motivazione o mancante del tutto (art. 219 l. org.) o difettosa (art. 293 pr. pen.)

SOMMARIO

Conclusione nona (N. XXI.). — *Niuna motivazione nel rigettamento d'una eccezione d'incompetenza.*

I. Indole del ricorso, § 1. — Accusa, § 2. — Eccezione prodotta dagli accusati contro di essa, § 3.

II. La gran-corte crede che questa sia eccezione d'incompetenza, e perciò la risolve nel giudizio di sottoposizione all'accusa, § 4 a 6.

III. Ma la risolve senza mentovare i fatti su' quali ella poggiava, § 7.

IV. Carattere vario delle eccezioni d'incompetenza, § 8. — Da ciò la necessità d'indicarne la specie e le ragioni, *ivi*. — Ciò non si è fatto dalla gran-corte, § 9. — Dunque la decisione non è motivata, *ivi*.

V. La risoluzione della quistione presentata dagli accusati forma un capo distinto di questa decisione, dal quale si fa dipendere l'altro capo, § 10 ed 11.

VI. Nelle decisioni *quot capita, tot sententiae*, § 12. — La decisione che rigetta l'eccezione d'incompetenza, come capo distinto della decisione, doveva essere motivata a parte, § 13.

VII. Conchiusione, § 14.

Conclusione decima (N. XXII.). — *Motivazione difettosa della dichiarazione di reità per frode qualificata.*

I. Stato della quistione, § 1 e 2.

II. Elementi di fatto necessarii per constituire la frode a' termini dell'art. 430 ll. penali, § 3 a 5.

III. Rapporto che ha quest' art. con le ll. civili, § 6 e 7.

IV. Elementi di fatto necessarii per constituire la frode a' termini degli art. 433 e 434 ll. pen., § 8 a 13.

V. Elementi di fatto per qualificare una frode dal lato del valore, § 14.

VI. Come la mancanza degli elementi constitutivi l'ipotesi della legge si risolva in violazione della legge applicata, § 15.

VII. Conchiusione, § 16.

XXI.

Altro esempio di niuna motivazione. — Nullità d' ordine pubblico nel rigettamento d' una eccezione d' incompetenza.

1 Signori 1), il ricorso che dovete discutere è contro una decisione di sottoposizione ad accusa. Se in essa la g. c. non si fosse imbarazzata d'altro che di questo solo oggetto, voi non avreste altre norme da seguire che quelle dell'art. 177 pr. pen. 2). Ma la gran-corte ha voluto andare più oltre. Quindi è necessario vedere in prima tutte le quistioni che a lei il presidente ha proposte, e quindi esaminare il metodo della loro risoluzione.

2. Abbiamo un donatore di tutti i suoi immobili, e fra questi d'una casa: ei continuava ad abitare in essa insieme co' donatarii. Mancatone per più giorni, e forse pentito della sua liberalità, si querelò che nella sua assenza si erano da costoro di là involate a suo danno tutte le derrate e le carte di credito. Dietro l'istruzione, ottenne contro gl'imputati un mandato di arresto, e poi dal pubblico ministero vennero essi accusati di furto qualificato.

3. All'accusa contrapposero gl'imputati una eccezione, il cui carattere e le cui ragioni si tacciono nella decisione della gran-corte Se non che ella ce ne rimette, non estimata con verun ragionamento da lei, l'instanza con la quale gl'imputati dedussero, I, che niuno ruba a se stesso, e che in forza dell'instrumento di donazione essi erano, siccome assumono, i padroni, o almeno gli amministratori delle cose delle quali si spacciava l'involamento; II, che ove questa qualità legale si

1) Conclusioni alla pubblica udienza della corte suprema, 11 giugno 1841 nella causa di *Pietro* e *Camillo Troiani*, De Luca comm., Nicolini m. p., Giacomo Tofani avv. de' ricorrenti, Raff. Confforti della parte-civile.

2) Questo ricorso non è ammessibile che ne' tre casi seguenti: I, se il fatto non porti alla competenza che si è spiegata; II, se il ministero pubblico non sia stato inteso; III, se la decisione non sia stata pronunziata da un numero dispari di votanti, non maggiore di cinque, o non minore di tre. Art. 177 pr., pen.

dicesse non risultare dall'atto autentico, certamente da moltissime lettere del querelante appariva aver essi avuto da lui un nuovo mandato di disporre di tutto. E presentarono queste lettere, e si dichiararono pronti al conteggio dell'uso fatto alla luce del pubblico e de' generi e delle carte a tenor del mandato. Così gli accusati sostenevano non essere il loro fatto imputabile a reato, o al più poterne derivare un abuso di confidenza, frode correzionale.

4. La parte-civile qui ora vorrebbe, che in corte suprema si agitasse la quistione, se questa fosse stata di sua natura una eccezione d'incompetenza, o più veramente un'eccezione perentoria o di merito. Nel secondo duplice caso al ricorso non s'aprirebbe mai adito alla corte suprema, se non dopo la definitiva. Ma estimeremo noi fatti non inseriti nella decisione nè mai estimati dalla gran-corte?

5. Per fermo s'ella avesse creduto, esser questa un'eccezione perentoria, non avrebbe dovuto giudicarne affatto nel giudizio di accusa, nè mai prima del *termine de' cinque giorni*. Imperocchè vi sarebbe stato necessario udir le parti; ed il cumularne il giudizio al giudizio di sottoposizione all' accusa, ove le parti non son citate nè intese, sarebbe stato un eccesso di potere 1). Se poi avesse creduto esser questa un'eccezione di merito, come per lo più sono le eccezioni con le quali sotto maschera d' *incompetenza* si oppone la *mancanza di materia punibile*, avrebbe dovuto riserbarla per l'appunto alla discussione terminativa del merito della causa. Anzi la gran-corte per l'art. 145 pr. pen. avrebbe potuto, nella sede del giudizio di accusa, ammettere a favor loro ed eccezioni perentorie, ed eccezioni di merito; ma rigettarle senza udirli è fuori d'ogni uso di legge. Nel giudizio di accusa non può affermarsi che la sola competenza; decisione di sua natura rivocabile ogni qualunque volta si cangi lo stato della causa.

6. Intanto la gran-corte criminale nel giudizio di sottoposizione all'accusa ha qualificato l'eccezione de' due accusati, essere eccezione d'*incompetenza*. Adunque sotto questo aspetto, poteva e forse doveva cumularne il giudizio col giudizio di sottoposizione all'accusa. Ma sempre essa dovea far cenno de' fatti dedotti, onde appunto conoscere se contenessero una eccezione perentoria o di merito, o più veramente una eccezione d'incompetenza.

7. Or il presidente propose in prima la quistione, se sia insussistente la eccezione d'*incompetenza*, e poi l'altra, se *nell'affermativa,* dovessero i due esser sottoposti a legittimo stato di accusa di furto qualificato. E la gran-corte senza nominare i fatti opposti nella eccezione, ne risolve la quistione contro gli accusati.

8. Ma chi dice *eccezione d'incompetenza* e non altro, dice presso che nulla, ove non isveli pure quale specie e qual ragione d'incompetenza sia quella. Le specie e le ragioni d'incompetenza son tante, che chi non le particolarizza in una decisione la quale le rigetta, non solo lascia non motivato il rigettamento, ma lascia ignorare assolutamente quello di cui si tratta.

9. Or per la quistione di sottoposizione all'accusa, sono stati nella decisione ritenuti i fatti espressi dal procurator-generale 2). Ma nè fra questi, nè in altra parte della decisione si esprime qual sorta d'incompetenza sia stata opposta, nè quali le ragioni che si sono addotte a sostenerla. *Atteso che i rilievi dedotti nella dimanda degli accusati non hanno sussistenza in dritto, nè appoggio in fatto*, ecco tutta la indicazione della eccezione, ecco tutti i motivi del rigettamento. È un *idem per idem*, una *petizione di principio* 3). La decisione dunque non è mo-

1) Arresto nella causa *Mainelli* e *Mariconda*, 19 settembre 1841, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p. — Daremo in seguito le ragioni di questa giurisprudenza.

2) Si è disputato, se la sola formola, *ritenuti i fatti espressi nell'atto di accusa*, senza trascrivere nella decisione l'accusa medesima, basti alla motivazione della *sottoposizione all'accusa*. Si è osservato che questa non è decisione definitiva, di cui i fatti non possono essere remissivi ad altro atto; e in conseguenza, se sarebbe più lodevole che anche nella decisione di sottoposizione all'accusa tutti i fatti fossero espressi nella motivazione, non offende però la legge il rimettersi per brevità all'atto d'accusa. Arresto del dì 14 giugno 1841, nella causa de' fratelli *Squitti*, DE LUCA comm., NICOLINI m. p., CARLO POERIO avv. de' ricorrenti

3) Abbiamo rilevato al n. XII pag. 737, che il motivare *idem per idem*, non infrequente nelle decisioni criminali, è stato in qualche epoca il vizio comune delle decisioni di appello nelle cause correzionali. Nè lieve è l'altro col quale si motiva

tivata, contro il prescritto dell'art. 219 della legge organica.

10. Nè vale il dire, che sia motivata la sottoposizione all'accusa. Imperocchè i fatti espressi nell'atto di accusa non risolvono da per se stessi una eccezione poggiata su di altri fatti, che non sono indicati. Anzi la sottoposizione a legittimo stato di accusa è stata dalla gran-corte subordinata alla eccezione prodotta dagli accusati, sì ch'ella fa dipendere quella da questa. E due sono le *dispositive* della decisione: I, *rigetta l'eccezione d'incompetenza prodotta da' due accusati*; II, *dichiara costoro in legittimo stato di accusa*. La seconda sarebbe motivata, se fosse indipendente dall'eccezione; ma la prima non è motivata affatto, anzi nemmeno ne viene accennato il tenore.

11. E tanto è vero che l'una sia decisione distinta dall'altra, che avendo gli accusati riprodotta la loro eccezione nel termine de' cinque giorni, termine utile per le eccezioni perentorie (§ 5), la gran-corte continua a darle carattere unicamente di eccezione d'*incompetenza*. Di fatti la quistione che il presidente propose, fu nei termini seguenti: *Proposta e risoluta una volta la eccezione d' incompetenza per ragion di materia e di persona* 1) *in causa penale, può farsi dritto ad una seconda dimanda con la quale si riproduce l'eccezione medesima?* E la gran-corte decide che risaminare tal eccezione sarebbe un giudicare *bis in idem*. Dunque la gran-corte crede aver già risoluta la eccezione della promiscuità de' dritti del querelante e de' querelati, non meno che l'altra, poggiata sulle lettere, della facoltà data di vendere le derrate e mettere in attività le carte di credito (§ 3). Dunque crede che questa era una quistion distinta dalla quistione di sottoposizione all'accusa, anzi un ostacolo tale a quest'ultima,

il rigettamento dell' appello, perchè questo tende ad impugnare un fatto stabilito in prima instanza dal giudice regio. L'art. 292, quando prescrive che contra il giudizio di fatto non è aperto adito a ricorso, è scritto per la corte suprema, non per i giudici d'appello. I giudici d'appello possono bene riformare il fatto, diversamente estimarlo, e trarne altra dichiarazione di reità che non è quella che si legge nella prima sentenza. Quindi è nulla la motivazione espressa così: *Atteso che la reità è sufficientemente fondata, ed i motivi di appello attaccano la convizione del giudice*. Arresti del 18 luglio 1832, *Sebastiano Agostino*, FRANCHI comm., NICOLINI m. p. — del 9 settembre 1833, *Mariano di Leone*, DI GIOVANNI comm., NICOLINI m. p. — del 26 settembre 1834, *Costantino Pastevano*, CAMERANO comm., LONGOBARDI m. p. — Meno riprovevole è la stessa formola: *atteso che i motivi attaccano la convizione del giudice*, quando però vi si soggiunga, *la quale convizione si trova regolarmente stabilita*; poichè sembra così che il giudice di appello rigetti i motivi, non perchè creda non poter riformare ciò che il giudice di prima instanza dice *constare secondo il suo criterio morale*, ma perchè trova la convizione ben stabilita. Quindi, offertosi questo caso, fu rigettato il ricorso. Arresto del 3 agosto 1840, *Gabr. Cirillo e Maria-Antonia Preziosi*, PAGANO-LAROSA comm., NICOLINI p. m.

Se non che tutte le volte che la gran-corte estima i fatti diversamente dal primo giudice, non può farlo che dopo aver rinnovata la pubblica discussione. (V. il *n.* VIII, pag. 532). Ciò è confermato dal real rescritto del dì 26 agosto 1840, così concepito:

« Le leggi di proc. pen. che in materia de' giudizii correzionali in appello stabiliscono cogli « art. 288 e 389 il numero de' giudici co' quali la « gran-corte criminale nel termine stabilito dee « decidere in appello, non meno che la citazione « delle parti, dispongono coll'art. 391 quanto se« gue:

« *Se la gran-corte per giudicare l'appello non « crederà sufficiente la instruzione che l'è stata « trasmessa, può ripetere la pubblica discussione. « In questo caso se l'imputato è in arresto, deve « intervenire nella pubblica discussione a pena di « nullità e le altre regole delle pubbliche discussio« nali saranno tutte osservate.*

« Su questo articolo è surta quistione, se la « gran-corte criminale possa in appello riformare « il fatto stabilito in prima instanza del giudice « correzionale, senza rinnovare la discussione pub« blica.

« Presi in considerazione il senso di questo ar« ticolo, ed il vigente sistema di rito penale che « vuole stabilito il fatto e la sua estimazione sui « lumi raccolti in pubblica discussione, S. M. nel « consiglio ordinario di stato de' 14 di questo me« se, veduto il parere della consulta generale ha « emesso la seguente dichiarazione: *Ne' giudizii « correzionali in appello la gran corte criminale « se ritiene i fatti semplici, e la loro valutazione « circa la imputabilità del giudicabile come nella « sentenza appellata, deciderà in merito sulla pro« cessura in prima instanza compilata, senza no« vella pubblica discussione. Ove i fatti semplici e « la enunciata loro valutazione non sieno ritenuti « in appello, dovrà per la decisione in merito rin« novarsi la pubblica discussione. — Non è com« presa in questa determinazione la definizione del « reato, potendo la gran-corte variarla senza no« vella discussione pubblica quando la trovi in « contraddizione co'fatti ritenuti.*

« Nel R. Nome ec. ec. — N. PARISIO.

1) Non comprendiamo abbastanza, come l'eccezione prodotta in questa causa sia incompetenza per ragion di persona.

che se non avesse risoluta quella, non avrebbe potuto passare alla decisione di questa. Ma de' fatti su' quali l'eccezione poggiava tanto nel primo libello presentato nel giudizio di sottoposizione all'accusa, quanto nel secondo presentato nel termine de' cinque giorni, non si tenne parola nella prima, nè nella seconda decisione. Dunque il rigettamento della eccezione d'incompetenza rimase e nella prima e nella seconda decisione non motivato.

12. Il quale rigettamento, quando fu la prima volta pronunziato, benchè sia scritto sotto una sola intitolazione con l'altra decisione di legittimo stato di accusa, è una decisione per sè, perchè lo scrivere due decisioni in un atto, non toglie ad alcuna di esse il carattere di decisione. *Quot capita, tot sententiae.* Anzi abbiamo la risoluzione della eccezione d'incompetenza, precedente all'altra della quistione dell'accusa. Questa, come abbiamo osservato (§ 10), si fa dipendere da quella.

13. Or anche volendo restringerci alla sola condizione, *se il fatto non porti alla competenza che si è spiegata* 1), tosto che la sottoposizione all'accusa si fa dipendere dalla esclusione della competenza diversa dalla criminale, formalmente opposta dagli accusati, era necessario che si dimostrasse che il fatto da essi presentato non escludeva la competenza de' misfatti. Siamo dunque nel caso, non dell'art. 177, ma degli art. 157 e dell'art. 178. In forza di questi nel termine dei cinque giorni è aperto l'adito alla corte suprema avverso tal decisione. Ed aperto che ad esso viene quest'adito, la rescissione della decisione è di dritto, perchè ella non è motivata.

14. Per le quali cose io dimando, che tal decisione che rigettò l'eccezione d'incompetenza sia annullata con tutte le altre decisioni e gli atti che la conseguitano, come atti e decisioni che si fan dipendere da quel rigettamento cui sono subordinati 2).

—

XXII.

Altro esempio di violazione della prima parte dell'art. 293 — Frode.

1. Signori 3), le due ricorrenti, rivenditrici di mestiere, ricevevano da alcuni mercanti delle pezze di panno, onde conteggiarne con essi la vendita. Ma ben tosto alla restituzione delle pezze non vendute, due di costoro si avvidero che ne mancava qualche parte. Chiamate le donne all'amichevole onde renderne conto, esse convennero del mancamento; e non solo per questi ritagli, ma per parecchie altre somministrazioni, consentirono ad una liquidazione bonaria, con uno di essi in ducati 173, con un altro in ducati 140. Quest'ultimo è stato soddisfatto, nè del suo credito si fa quistione nella decisione. Il primo non ha ricevuto che circa ducati 30: rimaneva dunque creditore di circa ducati 140.

2. Scorsi molti anni, costui in dicembre 1839 produsse contro le due una querela di frode. E su que' fatti precedenti e non altro, la g. c. ha dichiarato aver esse commessa *frode qualificata per la persona mezzo e valore*, e trascrivendo gli articoli nelle leggi penali 430 n. 2, 431, 433 n. 4, e 434, le ha condannate alla pena della reclusione. Di ciò è ricorso per violazione di tutti questi art. esaminati con la norma della prima parte dell'articolo 293 pr. pen.

3. Non comprendo cosa abbia che fare con la specie del fatto l'art. 430. Non era questo un deposito volontario nè necessario; poichè lungi dall'obbligo di custodir la cosa e restituirla in ispecie, che forma l'essenza del deposito 4), vi era una commessione di venderla e convertirla in danaro. Strano dunque mi sembra il consideramento della gran-corte, che la consegna avvenuta alle due donne pel loro

1) Art. 177 pr. pen. — V. la *nota* 2 pag. 776.
2) Così è stato deciso.
3) Conclusioni nella causa di *Litteria* e *Rosaria de Giorgio*, 25 gennaio 1841, Pagano-Larosa com. Nicolini m. p.; Giuseppe Miraglia avvocato delle ricorrenti.
4) Art. 1787 ll. cc.

—

mestiere di rivenditrici, *vien considerata in ordine alla giustizia penale come deposito necessario*.

4. È cero che nell' art. 430 ll. penale sta scritto: *Quanto alla giustizia penale, è considerata ancora come deposito necessario, e produce gli stessi effetti, la consegna di cose che si affidano alle persone menzionate nell'art. 410 per ragione della loro qualità o del loro mestiere* Ma in niuno de' quattro numeri dell'articolo 410 è compreso a risguardo delle persone il caso di cui disputiamo, e molto meno vi è compreso come deposito.

5. Imperocchè il primo numero dell'articolo 410 parla di domestici o sia d'individii addetti con salario o altro stipendio al servizio altrui; e queste donne non erano domestiche con salario o stipendio del querelante: il secondo numero riguarda l'ospite per cose appartenenti alla casa ospitale, o depositate in essa; il terzo è relativo ai locandieri, osti, vetturali, barcaiuoli; il quarto agli allievi, compagni, operai, professori, artisti o impiegati in un'officina; e veruno di questi caratteri è nelle due condannate. Qual è dunque la qualità delle persone contemplate nell'articolo 410, che ad esse convenga? Ciò si lascia ignorare. Dunque questa qualità la quale, a giudizio della gran-corte, si aggrava la loro frode, non è motivata.

6. E se le donne fossero comprese nell' art. 410, potrebbero esser mai ree di deposito violato? Il carattere essenziale del deposito è definito dall'art. 1787 delle leggi civili: *obbligo di custodir la cosa*, e *sostituirla in ispecie*. Ciò ch'è detto nell'art. 430 n 2 delle leggi penali, non è che una derivazione de' due art. 1824 e 1825 delle stesse leggi civili: *gli osti e gli albergatori son tenuti come depositarii per le robe introdotte ne' loro alberghi dal viandante che vi alloggia: il deposito di tali robe dee riguardarsi come un deposito necessario: sono essi tenuti pel furto o pel danno*. Sempre dunque si richiede l' obbligo della conservazione della roba per restituirla in ispecie.

7. Se non che quello che nell'art. 1824 delle leggi civili è detto solamente per gli osti e per gli albergatori, è esteso per parità di ragione dall'art. 410 delle leggi penali ai domestici, agli ospiti, ai vetturali, ai barcaiuoli, ed agl'individui d'una bottega o officina. Ma per tutti si richiede l' obbligo di conservare e restituirle in ispecie, quello stesso ch'è richiesto negli osti ed albergatori dell' art. 1824. Manca dunque interamente nella causa che trattiamo, la qualificazione della persona; e quel ch' è più, manca il sostrato ed il corpo del delitto: perciocchè la cosa era consegnata per venderla, anzi sperperarla in vendite minute, non per conservarla e riconsegnarla in ispecie. Il contratto non era che un mandato speciale: indole che la gran-corte non ha veduta quando vi ha sostituita la definizione illegale di deposito. e di deposito necessario.

8. Ma guardata la causa sotto quest'altro aspetto di mandato, vediamo se siano stati ben applicati gli art. 433 n. 4. e 434.

9. L' art. 433 n. 4 dichiara colpevole di frode chiunque abbia distornato o dissipato a danno del proprietario mercanzie consegnate col peso di farne un uso determinato. Or qui l'uso determinato nella consegna era di rivendere quelle pezze di panno, e recarne il prezzo al mercante. Con ciò le mandatarie eran tenute civilmente non solamente per lo dolo, ma anche per le colpe commesse nella esecuzione del mandato 1). Se il dolo fosse stato a grado che rende il fallo un reato. la responsabilità diventa anche penale. Ma dolo sempre, e non colpa, e dolo a questo grado. Altrimenti tal garentia è sempre civile.

10. Se non che non vi ha dubbio che nella riconsegna del residuo del panno si riconsegnava questo per dieci, mentre in effetti era di sei o di otto. Ma rimisurate le pezze, le due donne non confessarono dolo proprio nè reato; riconobbero solamente la mancanza nella rimisura, e si obbligarono a rinfrancarne il danno ai termini dell'art. 1864, ed il fatto semplice della mancanza può essere scritto così a colpa, come a dolo. Intanto la gran-corte, quasi che ci trovassimo in avvenimento ove per presunzione di legge *factum est pro dolo*, non viene a spendere una parola sola ch'escluda la inavvertenza scambievole per le misure, la poca esattezza nel dare il conto, o l'opera di qualche altro, che

1) Art. 1864 ll. cc.

profittando della negligenza delle donne avesse ritagliati per uso utile i panni: cose di poco momento per la responsabilità civile, perchè essa non ne sarebbe affatto menomata, ma di peso gravissimo nella responsabilità penale. E così la gran-corte dichiara reato di frode il solo atto materiale della riconsegna con qualche canna o palmo di meno di ciò che fu dato nella prima consegna.

11. Or che le mandatarie sieno tenute di queste mancanze in linea civile, gli articoli 1864 e 1865 lo dicono abbastanza. Ma per trasformare questa responsabilità civile in responsabilità penale, era necessario motivare il dolo criminoso delle imputate, e non esser contento alla semplice indicazione del fatto. All' incontro che non vi fosse stato altro che responsabilità civile traluceva già dalla novazione per la quale estinta la prima obbligazione del mandato, le debitrici colla confessione del debito aveano sostituito una obbligazione di somma certa alla responsabilità nascente dal conteggio. La quale novazione mena certo alla conseguenza di essersi esse volontariamente sottoposte agli effetti degli articoli 1864 e 1865 delle ll. cc., non di essersi rendute confesse del dolo penale.

12. Ed era da por mente che quando ai creditori che non son pagati al maturo, si aprisse troppo la via ai giudizii penali di frode, tutti i crediti civili potrebbero passar di leggieri in azioni penali, e sconvolgere così i confini delle due giurisdizioni. Lo stesso stellionato civile che è sì confine alla frode penale, debb' essere mantenuto strettamente ne' suoi limiti, perchè non vesta un carattere più grave di quello che gli dà il contratto o la legge.

13. Per le quali cose manca pure di esatta motivazione nella parte sua più essenziale la decisione in disamina, quando ella si consideri in rapporto all'ipotesi dell' art. 433 n. 4. La definizione del reato viola manifestamente e l'art. 433 n. 4 delle ll. pen., e la prima parte dell' art. 329 proc. pen. che n'esige espressi nel fatto tutti gli elementi.

14. E si è del pari manifestamente contravvenuto all'art. 434 ll. pen. in risguardo al valore. Perciocchè i 140 ducati di credito non erano solamente pei ritagli di panno: vi s'inclusero anche *le somministrazioni a credito* (§ 1). Ma *le somministrazioni a credito* erano venti, o cento? La gran-corte nol dice. Queste certamente non furono i ritagli del panno nei quali soli la gran-corte criminale trova la frode. Per motivare la dichiarazione di reità, che la frode ecceda i duc. 100, conveniva spiegare quanta parte di que' 140 veniva assorbita dalle somministrazioni a credito. Non è dunque constato che i soli ritagli di panno sommassero al di là dei 100 ducati.

15. Unico mezzo che si ha per conoscere se la pena sia stata ben applicata al fatto della causa, è di sciogliere nei suoi elementi la dichiarazione di reità, ed esaminare se ciascuno d'essi siasi verificato in quel fatto. Ciò si fa guardandone con l'art. 293 a parte a parte la motivazione. Quindi ogni mancanza di tal motivazione si risolve in violazione della legge applicata.

16. Per ciò che dunque riguarda la definizione di deposito necessario, io dimando l'annullamento della decisione per manifesta contravvenzione all'art. 430 n. 2 delle ll. penali: per ciò che riguarda la consegna per uso determinato; lo domando ai termini dell'art. 433 n. 4; e pel valore, ai termini dell'art. 434. Le quali violazioni della legge penale si manifestano al crogiuolo della prima parte dell'articolo 293 pr. pen. che dà forma a' particolari della motivazione 1).

1) Così è stato deciso. — Una dichiarazione di reità venne così conceputa: *Consta che G. M. abbia commesse ferite gravi a colpi di pietre, da una delle quali e per natura della medesima seguì fra quaranta giorni la morte;* e si applicò l'art. 362 ll. pen. (V. i nn. VII e segg., pag. 180). Ma l'art. 362 esige che la ferita sia *volontaria* (V. il n. X, § 16, pag. 76); e questo aggiunto non era nella dichiarazione di reità, e nemmeno nella motivazione. Imperocchè in essa la gran-corte non disse altro se non che l'accusato, preso dal vino, andando per la strada, *nel buio della notte, raccolse due pietre da terra, seguì Barone, e raggiuntolo a circa tre passi di distanza le scagliò, e lo colpì in testa.* Non dico *le scagliò a lui*, sì che mostrasse così l'intenzione di ferirlo. Dico solamente, *le scagliò*. Ma nel buio della notte diresse egli precisamente il colpo a quel segno? O più veramente questo fu un movimento incomposto di ebbrezza? L'ebbrezza non escusa, fino a tanto che non tolga all' uomo ogni conscienza e di sè, e di ciò che il circonda e di quello che fa (V. il n. XIV, pag. 101). Ma se non escusa i reati e non cangia mai il volontario in involontario, nemmeno li aggrava, nè cangia

I.

DEL PASSAGGIO

DALL' ANTICA ALLA NUOVA LEGISLAZIONE 1)

Quod bonum fortunatum felixque salutareque siet populo, rei publicae, mihi collegisque meis, fidei magistratuique nostro. VARRO, *de lingua latina*, V. — CIV. *de divin.* I, 45.

Honestissimum est maiorum vestigia sequi, si modo recto itinere praecesserint. PLIN. *Epist.* V, 8.

1. Fausto ben auspicato e felice sia per noi questo giorno, e sempre propizio il Cielo secondi la fede e diriga la magistratura nostra, onde grata e salutevole riesca a questa nobil provincia ! Nuove leggi, nuove giurisdizioni, nuove forme di giudizii parranno forse quelle che qui rechiamo; e fra tante novità la maggiore sembrar può l'unità alla quale è riportata l'amministrazione della giustizia. E pure assai vecchie sono qui queste cose; anzi a chi ben sente, questi che qui ammiriamo, monumenti illustri della gloria campana, cui nè barbarie nè tempo han potuto distruggere nè ignoranza oscurare, ne svelano tuttavia i principii: i quali poi per tutta quant'è l'estensione della provincia, sono stati di tempo in tempo a novello vital corso ridesti per l'opera d'ingegni egregi, che li hanno qui suscitati dalle ceneri fra cui giacevano, estinti non già, ma sopiti. Quel che dunque siam deputati ad operare, è piuttosto maturo ritorno all'antico, che scossa violenta di subita e novella creazione.

2. Deh ! guardiam solamente a quanto si offre innanzi a noi e all' intorno. Qui sorgeva Capua, regina della civiltà italica, e Roma ancora non era 2): là il suo Campidoglio, qua il Fòro: i ruderi della sua Curia son questi; e su d'essi abbiam giurato or noi di amministrare con integrità la giustizia. Quante memorie ! Qual voce solenne esce a scuoterci l'animo da sì maravigliosi e venerabili avanzi ! Molti d'essi attestano, è vero, la mano posteriore dei Romani; nè vi ha dubbio che ingoiata anche Capua nel mare immenso della roma-

l' involontario in volontario. L' art. 362 esige la *volontà* como condizione *sine qua non*; nè importa che il feritore sia stato mosso da inimicizia o da altra passione, oppure da natural ferocia infiammata dall'abuso di bevande spiritose, purchè però non lo privi in tutto del ben dell' intelletto, sì ch'egli abbia ancora conoscenza e volere, come ogni altro agitato da ira, o d'altra interna causa fisica o morale. Ma la gran-corte nemmeno una parola spende per motivare tal condizione. Dunque offende e l'art. 362 ll. pen. e l'art. 293 pr. pen. Arresto di annullamento, 11 settembre 1840, *Gaetano Milone*, PAGANO-LAROSA comm., NICOLINI m. p., PASQUALE STANISLAO MANCINI avv. del ricorrente.

1) Discorso pronunziato in *S. Maria di Capua*, o sia *Capua vetere*, nel dì 7 di gennaio 1809, alla prima udienza pubblica della corte criminale, tosto che l'intendente di Terra di lavoro ebbe dichiarata la corte solennemente installata. Ella era composta de' sigg. cav. GIACOMO FARINA presidente, FRANCESCO-ANTONIO VAIRO, ALESSANDRO CIANCIULLI, march. MICH. BRANCIA, cav. VITALIANO PISTOIA, GREGORIO MUSCARI, giudici, e NICOLA NICOLINI procurator generale.

2) VIRGILIO (*Aen.* X, v. 145) segue la tradizion popolare, che *Capi* compagno di Enea fosse stato il fondatore di *Capua*, il che pure la renderebbe molto anteriore alla fondazione di Roma. Ma SERVIO osserva, ch'ella era anche più antica, fondata forse dagli Etruschi. E VELLEIO PATERCOLO (*Hist. lib.* 1) non lo dissimula. — Intanto tra i capricci della fortuna nelle mutazioni de' regni, non ultimo è quello del cangiamento de' siti e de' nomi. *Nola*, *Acerra*, *Sessa*, *Arpino*, *Tiano*, *Venafro*, *Sora*, città di minor conto, sono scadute dall'antica floridezza, ma conservano tuttavia ed il nome ed il sito. *Capua*, città splendidissima, fin dall'anno 876 non trovò più il suo sito, nè il suo nome dov'era. Al conte *Landone* piacque chiamar *Capua* la città ch'ei costrusse presso al ponte di Casilino; e l'antica divenne un villaggio, che prese il nome di *Santa Maria maggiore*. Quindi tra gli eruditi la nominazione di *Capua nuova* a quella di *Landone*, e di *Capua vetere a Santamaria*. — V. CLUVERIO, III, 29, e CAM. PELLEGRINO, Disc. 2 e 4, ove ei dimostra che *Capua* a' tempi antichissimi estendeva il suo dominio sino al Faro.

na dominazione, risorse ben tosto floridissima mercè i suoi vincitori. Se non che non dobbiamo prestar cieca fede agli storici di Roma, che senza lodar pur una delle instituzioni e delle leggi della città rivale 1), non fanno ch'esagerarvi le voluttà corruttrici di Annibale, e la vanità ed il lusso capuano, ed il campano sopracciglio; tal che Catone il censore, che niente trovava buono se non era romano, nulla all'indole generosa de' Capuani, nulla alle arti del viver civile delle quali eran costoro maestri, ma tutto alla clemenza romana ed alle romane leggi tal risorgimento ascriveva. Ma uomini men parziali fin da allora dichiaravano ingiusto sì fatto giudizio; ed osservavano, che se Capua non fosse stata fin da' suoi primordii fondata sopra leggi sapientissime, e non ne avesse vivi per lunga stagione conservati i semi, non si sarebbe prima di Roma avanzata di tanto, nè avrebbe opposta a lei tanta resistenza, nè sarebbe risorta sì prontamente e sì splendida 2). Certo è che prima ancora delle guerre con Roma, ella era una delle tre città del mondo conosciuto, degne a giudizio de' contemporanei stessi di Catone, di sostenere il peso e la dignità ed il nome dell'impero 3). Potea forse conseguirsi tal fama senza ingenito vigor d'animo, senza nobilissime e salde instituzioni, senza forza ed unità nell'amministrazione?

3. Sì, io lo dirò, non come chi del vero è timido amico, ma significando aperto ciò che detta dentro la coscienza e la fede. Spira ancora sotto questo cielo l'amor del grande e del bello; e del genio che inventò qui la stadera, e portò a tanta perfezione gl'instrumenti d'agricoltura e l'architettura e le arti più utili alla vita civile, vivono le faville per entro i marmi degli archi infranti e delle statue mutilate 4). Suolo è questo cui la Provvidenza, se è stata più che ad ogni altro de' suoi doni larghissima, non è stata mai avara d'ingegni tali, che poco alle cose vane badando, alle utili e gravi principalmente son atti: indole che si è rinforzata dopo che i rivolgimenti del medio-evo hanno aggiunto all'antica Campania tutto il territorio Sidicino ed Aurunco, ed una parte de' Volsci e del Sannio, per formarne l'attuale Terra di lavoro. Così se ne sono rimescolate le generazioni, e salve poche eccezioni, de' caratteri di questi popoli si è formato un carattere: tal che le antiche memorie ed i resti della prima civiltà non vi sono stati tenuti soltanto quai muti e squallidi testimoni di devastazioni barbariche, ma han sempre eccitati ed esercitati gl'ingegni a progredire per la lor via, onde riconquistare, se non l'antica grandezza, almeno una condizione men disforme al titolo di *Felice*, attributo perpetuo dato a Capua e alla campana provincia 5).

1) Pei Romani tutto doveva esser romano: essi conservarono a molti popoli vinti le religioni ed i magistrati minori, ma distrussero finanche le memorie delle loro constituzioni politiche ed il dritto pubblico. Quali furono le leggi antiche di *Elea*, di *Siracusa*, o di quella che non per altro fu detta *Magna-Grecia*, se non perchè precesso nella filosofia, nella legislaziono e in tutte le arti civili la *Grecia* semplicemonte detta? La lingua, le memorie della gloria avita, le opere de' patrii ingegni, caddero nell'obblio, e di esse a noi fra la caligine de' secoli

Debil aura di fama appena giunge.

2) È l'argomento con cui Velleio Patercolo confuta Catone. Se non avessero, egli dice, agito in Capua le sue proprie instituzioni *ego (pace diligentiae Catonis dixerim) vix crediderim urbem tantam crevisse, floruisse, cecidisse, resurrexisse*, Hist. lib. 1. — *Quidquid potuit Capua, potuit ipsa per sese*. Cic. in Rullum.

3) Cicerone chiama Capua *altera Roma*, e poi soggiunge: *Maiores vestri* (vale a dire gli antichi anche prima di Catone il censore) *tres tantum urbes in terris omnibus, Carthaginem, Corinthum, Capuam, statuerunt imperii gravitatem et nomen posse sustinere*. In Rullum, II, cap. 32. — V. Ausonii *Clarae urbes, 5, de Capua*.

4) *Spirat adhuc amor, vivuntque commissi calores*. Hor. Od. IV, 9, v 10. — S. Isidoro (Etym. lib. 16, c. 24) attesta che nella più rimota antichità l'invenzione della stadera, strumento sì necessario alla vita sociale, fu de' Campani: quindi detta *Campana*. Così in Nola, città della Campania, fu poi a' tempi di S. Paolino inventata la forma del sacro bronzo, diventato poi di tanto uso pubblico, e ch'è pur detto *Campana*. — Gli avanzi de' tempii, del teatro, del crittoportico, dell'anfiteatro, ec. ec. dimostrano a qual apice era arrivata l'architettura. — Il Pellegrino e il Granata fanno menzione degl'istrumenti di agricoltura inventati da' Campani, famosi già, come attesta Plinio, ne' vasi dipinti, detti impropriamente *vasi etruschi*, e ne' lavori di vetro.

5) *Felix Campania*, disse Plinio; *solum felicissimum*, Strabone; *Capua felix* è nella inscrizione del suo anfiteatro. So che il più dotto figlio di questa *Capua vetere* dubita se l'aggiunto *Felice* fosse stato perpetuo ed originario della città, ovvero venutole da *Silla Felice*, quando costui ne fece una colonia romana. Ma egli stesso conchiu-

4. Ma quale in mezzo a' procellosi sconvolgimenti della ritornata barbarie, qual fu la via tenuta dalla PROVVIDENZA per operar tanto effetto? Sterminati gli antichi abitatori, distrutte le città, desolate le campagne, qui più che altrove agiva a ricondurre l'ordine la forza augusta della nostra SACROSANTA RELIGIONE. Non contenta ella delle virtù da lei predicate, mitigatrici dei fieri costumi, rannodatrici d'ogni diviso interesse, principii veri e fondamento di ogni virtù civile; non contenta di conservar gelosa la lingua del Lazio, diventata ben tosto la lingua della religione 1), lingua che sola fra tutti gli altri idiomi conserva nelle sue parole la storia dello svolgimento della mente umana e delle civili instituzioni; ella inspirò il cuore di S. BENEDETTO a scegliere ne' confini della provincia, poco lunge dalla patria di CICERONE, alle inondazioni de' barbari un asilo, fra i cui dotti silenzii tante opere dell'antica italica sapienza, ritolte a mani empie, furono, come deposito del fuoco sacro della ragione, con religiosa cura custodite, e svolte con sagacia, e con amore diciferate agl'indotti. Da indi in poi non è mancato mai chi non potendo far altro, corresse in questa provincia a mettere in guardia de' padri di Montecasino quante carte e memorie si credevan degne di nota.

5. Di là nacque quell'amore per gli studii storici ed archeologi che tanto distinse nei secoli appresso i campani intelletti; studii che fecondati dalla religione e dalla filosofia, piegano la politica de' tempi di violenza e di frode a' sentieri del retto e del vero, e purgano la giurisprudenza dalle astruserie cavillose e dagl'interessati sofismi. Le Muse severe, fra le quali primeggia la storia, furon dette sorelle di Apollo, Dio, secondo VICO, non di questa esterna luce che anima il mondo fisico, ma della intellettuale ed interiore, svelatrice all'uomo d'un ordine archetipo, sul cui modello ci forma l'ordine civile 2).

6. E tal luce civile sfavillò prima in Capua. Chi non sa qual notte d'ignoranza copriva l'Europa ne' secoli decimo e decimoprimo? Erano ignorate, non che le leggi romane, le longobarde. Ed un Capuano ricompose di queste i laceri brani, e v'infuse i dettami di equità naturale e della filosofia de' romani giureconsulti 3): chè ben dimostrò il nostro DONATO-ANTONIO D'ASTI, non essersene mai fra noi spenta la memoria, e prima ancora del rinvenimento, vero o favoloso ch'ei sia delle pandette in Amalfi, conservarsene fra' *pochi a chi 'l ben piace*, gli esemplari o le note; ed un di quei pochi fu certo quel Capuano 4). Capuano fu anch'egli PIER DELLE VIGNE, che ne' primi anni del secolo decimoterzo tentò abolire i giudizii per duello e per esperimenti dell'acqua o del fuoco, e compilò in un codice le constituzioni de' Normanni e di FEDERICO, e consigliò questo imperatore ad istituire la famosa *Corte Capuana* per reprimere le baronali insolenze, e ridurre ad uno il principio ed il fonte di tutte le giurisdizioni 5). E Capuano fiorì poco dopo ANDREA D'ÉPISCOPO, detto dalla sua terra natale ANDREA DI CAPUA, giureconsulto caro a FEDERICO stesso e al figlio, progenitore de' conti d'Altavilla e di tante nobili prosapie del regno, e padre di figlio maggiore in quel BARTOLOMEO DI CAPUA, cui debbono le leggi patrie i più felici comenti, e ROBERTO, l'amico del PETRARCA, il suo trono. Ma la gloria sua più durevole è di aver purgate di usi barbari e del lor grossolano linguaggio le consuetudini napolitane, ed ordinatele in un codice 6).

ne: *Altronde nulla posso affermar con certezza: può stare che* FELICE *in questa inscrizione sia lo stesso che* FRUGIFERA, *ovvero che per natura la sua fertilità le fosse data fin dal principio e di universal consenso tal nome.* MAZZOCCHI, *In mutilum amphitheatri campani titulum*, lib. 1, § 49. — Per gli altri pregi naturali di Capua, v. PLINIO, III, 5, 9, e FLORO, I, 16.

1) Pare che così debba interpetrarsi l'ottava terzina del canto II dell' Inf. di DANTE. Ogni altra interpetrazione mi sembra troppo sforzata.

2) VICO, *De constantia philologiae*, c. 23. — Nel dettarsi dall' autore questo periodo, gli brillò nella mente il nobilissimo cominciamento del lib. III del *Paradiso perduto*.

3) Codice membranaceo nell' archivio del monistero della Cava. — V. CAM. PELLEGRINO nell' appendice al lib. I della *Storia de' principi longobardi*.

4) D'ASTI, *Dell'uso e dell'autorità della ragion civile*. Questo illustre scrittore morì nel 1742 consigliere del Sacro regio-consiglio. Nacque verso gli ultimi anni del GRAVINA, e fiorì con CAPASSO, VICO, GIANNONE, CIRILLO e MAZZOCCHI, *sesto fra cotanto senno*.

5) GIANNONE, lib. XVI, pr., § 2. — PIETRO DELLE VIGNE, di cui disse DANTE, che *tenne ambe le chiavi del cuor di Federico*, nacque in Capua nuova nel 1180

6) ANDREA D'EPISCOPO, che assunse poi il nome

7. Nè fa maraviglia che la corte del Re Roberto fosse stata allora più colta fra tutte le corti di Europa, se nato in questa provincia, si era già udito nella università di Napoli quel grande, che primo riaprì le fonti della vera filosofia, e tutta su basi immutabili, Dio e la natura dell'uomo, la ricompose. Già vedete ch'io parlo dell'Angelico d'Aquino. Nome è questo che basterebbe sol esso a mettere al di sopra di ogni altra la forza intellettuale d'un'età e d'una regione 1). Numerosa è la scuola della quale ei fu capo. Ma non volendo parlare che de' grandi intelletti di questa provincia, non obblierò Agostino Nifo di *Sessa* che sì ben congiunse gli studii filosofici alla politica 2), nè Leonardo di Capua, la di cui filosofia fu riputata sì scevra de' sofismi dell'età sua, che il nostro famoso Francesco d'Andrea ne scrisse la difesa 3). Ma queste sofistiche maniere già invadevano e conturbavano ogni cosa. Alle sottigliezze ed alla vanità di parole arcane, successe lo scetticismo e l'empietà, di cui sventuratamente anche qui diede esempio quel Giordano Bruno da *Nola*, che dello sterminato suo ingegno abusò fino a sgomentar le genti con l'audacia de' pensieri, e con l'orribil suo fato 4).

8. A tanto movimento filosofico, che spinto tropp'oltre si perdeva già in delirii colpevoli, il buon senso di questa provincia opponeva da ogni parte quegli studii positivi, de'quali soli può con passo sicuro avvantaggiarsi l'arte di stato 5). Ed ecco sorgere una successione eletta di filosofi storici nella vostra *Gaeta*, in *Sora*, in *Capua*, in *Nevano*, in *Alvito*, in *Caserta*, in *S. Cipriano*, in *Atina*, e di qua illustrar l'Italia un Gio. Tarcagnota 6), un card. Baronio 7), un Mich. Monaco 8), un Fr. Capecelatro 9), un Camillo Pellegrino 10), un Mario Equicola 11), un Paolo-Emilio Santoro 12), un Pratilli, un Gra-

di Andrea di Capua, fiorì a' tempi di Federico e Rocco Pirro nella sua *Sicilia sacra* riferisce un diploma speditogli da Foggia nel 1250, anno appunto della morte di Federico. Egli fu padre di Bartolomeo, nato nel 1248. Costui fu molto caro a Carlo II ed a Roberto. Morì nel 1826, benchè altri dica nel 1316. Fu uno de' compilatori delle consuetudini. Un Capuano compila in un codice le leggi longobarde; un Capuano compila in un códice le constituzioni del regno; un Capuano compila in un codice le consuetudini napolitane. Par dunque che gl'ingegni campani sieno naturalmente potenti in quella che gli antichi filosofi dissero *dialettica* o *critica*, ed alcuni de' moderni *Sintesi*, che compone ed ordina, rimovendo ciò che più non conviene alla cosa. È il senso che dà Vico alla parola *Sintesi*.

1) S. Tommaso nacque in Aquino nel 1224 o 1226, e morì in Fossanova nel 1274, dell'età di 48 o 50 anni, ai tempi di Carlo I d'Angiò: dal che l'accusa fatta a questo re da Dante, *Purg.* XX, 69. — V. in Dante i canti X a XIV del *Paradiso*, consacrati alla gloria di S. Tommaso.

2) Agostino Nifo nacque in Sessa, checchè Bayle ne dica all'art. *Niphus*. Nella *Pontaniana* il suo nome era *Filoteo*: avea formato in Sessa sua patria una villa, *gli orti Nifani*, ove riuniva ad imitazione di Cicerone, i filosofi dell'età sua per disputarvi. Leone X lo creò *Conte palatino*. Scrisse in metafisica ed in politica, e fu uno de' libri suoi che salì a maggior fama, *Del re e del tiranno*. Morì nel 1538.

3) Di Leonardo di Capua scrisse contro l'*Aletino* il famoso Fr. d'Andrea. In uno de' *codici magliabecchiani* di Firenze si legge una costui lettera del 25 agosto 1685, con la quale ei chiedeva alcune notizie onde dar compimento a questo lavoro. V. Giustiniani, Memorie Storiche degli scrittori legali, all'art. *Fr. di Andrea*.

4) La morte di Giovanni Bruno avvenne in Roma per giudizio del S. Uffizio nel 1600.

5) Dante nel XIII del *Paradiso*, chiama *regal prudenza*, e *senno di re*, quella che Machiavelli disse poi *arte di stato*. E nello stesso canto ei fa conoscere quanto le sottigliezze metafisiche sieno contrarie a questo senno.

6) A Giovanni Tarcagnota da *Gaeta* si deve il primo progetto di una *Storia universale*. Morì in Roma nel 1556.

7) Il cardinal Baronio, di cui *Sora* a tanta ragione si gloria, nacque nell'anno in cui morì *Nifo*, nel 1538.

8) Mich. Monaco nacque nel 1574 in Capua. Il celebre Mabillon venuto in Italia, volle trattenersi in *Capua nuova* per visitare il suo sepolcro, e venerarne le ceneri.

9) Fr. Capecelatro, da cui abbiamo una delle più accurate storie del regno, nacque in *Nevano* nel 1596. — Angelo di Costanzo e Camillo Porzio lo aveano preceduto. Qual movimento allora di studii storici nel regno!

10) Cam. Pellegrino, detto da Mabillon, *praeclarum Capuae ornamentum*, e da Urbano VIII, *virum dignissimum*, nacque in Capua nel 1598, coevo al Capecelatro.

11) Mario Equicola, la cui storia fu pubblicata nel 1621, e lodato molto dal Tiraboschi, e nacque in *Alvito*.

12) Il casertano Santoro, nato nel 1560, fu chiamato il *Tacito novello*. È fama che nulla volendo rimettere della sua professione di fiera verità tacitiana, perdesse il favore di Urbano VIII, e con ciò il cappello cardinalizio.

nata, un Serao 1), un Bonaventura Tauleri 2); o in mezzo ad essi di mano in mano fiorito nella giurisprudenza, falsa sempre quando si scompagni dalla filosofia e dalla storia, un Giovanni Francesco de Amicis, ambi di *Venafro* 3), ed un Ovidio, de Amicis di *Piedimonte d' Alife* 4); e maggiore di costoro in *Rocca d'Evandro* un Ottavio Sammarco, nome mal obbliato da nostri biografi. Costui vide la storia indifferente al vizio ed alla virtù negli scritti del Guicciardini; vide la politica ancella, non che ausiliatrice d' ogni illegittima ambizion del potere ne' precetti del Macchiavelli: combattè l' uno e l' altro; dimostrò non nascere da sì rei principii che l'odio e il disprezzo de' governanti, origine funesta de' continui rivolgimenti del regno, e della guerra perpetua o flagrante di comitive di malfattori, protette da' baroni e dalla plebe, contro la forza pubblica. Così fece trionfare sul principio epicureo d' una cieca utilità di chi può, il principio socratico e platonico della giustizia eterna e della morale; e scrivendo presso a' luoghi ove l'altro vostro comprovinciale Cicerone dettava gli aurei dialoghi *Delle leggi* 5), restituiva, ispirato da lui, non pure all'uomo la sua dignità, ma alla religione i suoi dritti, ed a' principi ed ai popoli la loro sicurezza 6).

9. Ricca intanto di tutta questa suppellettile filosofica, storica e morale, si avanzava l'età ad epoca a noi più vicina, o tre grandi ingegni sursero a rappresentarla. Per fermo mal potrei senza biasimo lasciar qui inonorato il primo di essi, se di qua ove io parlo, mi veggo quasi a fronte le mura fra le quali egli nacque. Alessio-Simmaco Mazzocchi, cui il segretario perpetuo dell'accademia di Parigi non temette chiamare *miracolo di tutta l'Europa letteraria*, fra voi, in questa *Capua vetere*, aprì al giorno le luci: il vostro anfiteatro, maggiore forse di quello di Tito, fu materia di uno de' suoi libri, che tutto scosse lo accademie, e per mirabile erudizione le riempiè di stupore: i suoi lavori maggiori su' *papiri d'Ercolano*, sulle *tavole d' Eraclea*, sul *calendario napolitano*, mostrarono già che sotto questo bel cielo era tornato, in tutta la moltiforme fecondità sua, l'impero delle lettere 7). O sommo lume dell'Italia! gradisci il culto di chi fin dai suoi primi anni si pasce avido della tua dottrina, e che va superbo d'iniziare la sua magistratura nella terra felice ove tu spirasti le prime aure di vita.

10. Gli altri due, egualmente che il Mazzocchi, cattedratici nella regia università di Napoli, nacquero nella vicina *Grumo*, e quivi or posano le onorate lor ceneri. Il primo è Nicola Capasso, amenissimo ingegno, ma in cui l'immensa erudizione e la festività delle Muse non nacquero affatto a gloria più solida, qual è

1) Fr. M. Pratilli, autore delle illustrazioni del corso della *via appia*, nacque in Capua nel 1689. Fu collega del Mazzocchi nell'accademia ercolanese. — Fr. Granata, patrizio capuano, vescovo di *Sessa*, autore della *Storia civile di Capua*, morì nel 1771. — Fr. Serao di *S. Cipriano*, famoso filosofo e medico, nacque nel 1702, morì nel 1783.

2) Nacque in *Atina*: ne parlano Rogadei e Granata.

3) Gio. e Francesco de Amicis di *Venafro*, professori entrambi nell'università di Napoli, sono autori del secolo XV e XVI. Il primo nacque nel 1463.

4) Ovidio de Amicis nacque nella fine del secolo XVI. Fu molto caro a Gregorio XV. Oltre molte opere legali scrisse la vita di *Carlo Magno*. — V. Giustiniani, op. cit.

5) I dialoghi *delle leggi* hanno *Arpino* per luogo del trattenimento, sotto l'annosa quercia di Mario, la quale

Canescet saeclis innumerabilibus.

Quivi Cicerone fra il canto degli uccelli e lo strepito de' fiumi dimostrava ad Attico epicureo, che non può dissertar di leggi, nè vederne i principii, chi crede

Nil curare Deum, nec sui, nec alieni.

Cic. *De legibus*, 1. cap. 1 e 6.

6) Ottavio Sammarco, barone di *Rocca d'Evandro*, e di *Camino*. Poco si sa della sua vita. Due sono le opere politiche che ce ne rimangono: *Discorso politico intorno alla conservazione della pace d'Italia*, Napoli, per *Lazzaro Scorriggio*, 1626: *Delle mutazioni de' regni*, per lo stesso tipografo, 1628. Questa seconda opera fu ristampata in Venezia nel 1629. È singolare, che nè Pietro Giannone, nè poi Giustiniani ne abbian fatto menzione. Ora però quest'opera è ritornata a gran fama, ed in Milano è stata ristampata nel 1807 con sommi elogi ed alcuni cenni biografici intorno all'autore. Se non che in essi si dice, che la prima edizione dell'opera fu quella del 1629 in Venezia. È un errore. La prima edizione fu di Napoli nel 1628, presso lo *Scorriggio*, dedicata al vicerè di quel tempo, duca d'Alva.

7) Nacque Mazzocchi in *S. Maria di Capua*, o sia *Capua vetere*, nel 1684; morì in Napoli nel 1771. Ne scrisse in istile elegantissimo la vita il suo discepolo Nicola Ignarra, rinomato cultore degli studii classici.

quella alla quale ei giunse di sommo filosofo e giureconsulto, e primo canonista de' suoi tempi 1). Il secondo è il suo congiunto e discepolo, GIUSEPPE-PASQUALE CIRILLO, amico anch' ei delle Muse, decoro della cattedra, oratore uguale a FRANCESCO D'ANDREA, giureconsulto maggiore dell'AULISIO 2). Scelgo questi due nomi di confronto, perchè sono entrambi regnicoli, ed autori non ignobili della restaurazione della scienza legale nel regno: il primo sciolse il napolitano dal giogo dell'autorità, e vi sostituì la giurisprudenza filosofica, rischiarata della storia e della erudizione, fonti della vera eloquenza; ed il secondo la ridusse fra noi a principii. E voi, SIG. PRESIDENTE, discepolo del CIRILLO, nato anche voi in questa provincia 3), partecipaste, benchè assai giovine, alla sua gloria; perchè gli ultimi onori che a lui venner renduti, ricevettero allora e lustro e decoro dalla vostra felice facondia in elegantissima funebre orazione.

11. Or per dimostrare quanto i campani ingegni siano principalmente atti a scevrare del *troppo* e del *vano* le cose, e particolarmente le leggi ammassate alla rinfusa dall'impero incomposto di anni di poca pace e di molto dolore 4), e quindi ordinarle e ricomporle in una serie nitida e distinta per principii filosofici derivati dalla natura dell'uomo e confermati dalla storia 5), sarebbe bastato il rammentare i TRE CAPUANI, l'uno compilatore delle leggi longobarde, l'altro delle costituzioni del regno, il terzo delle consuetudini napolitane (*sup.* § 6). Ma quando surser costoro, nè TELESIO, nè GIO. BATTISTA DELLA PORTA, nè GIO. ALFONSO BORRELLI avevano ancora apportati nel regno i germi di quella restaurazione della filosofia, di cui BACONE in Inghilterra, CARTESIO in Francia, GALILEO in Italia furono poscia maestri. CIRILLO profittò de' lumi e de' cittadini e degli estrani; chè nulla di tutto ciò in che si divide il regno della filosofia, dev' essere ignoto al giureconsulto: perchè da ogni arte e da ogni scienza le leggi traggon vantaggio, ed ogni scienza ed ogni arte è vana se non trova sostegno e garentia nelle leggi. Or egli fu il primo in Europa che concepì l' ardito disegno di formare di tante nostre leggi, romane, longobarde, sveve, angioine, aragonesi, austriache spagnuole, austriache tedesche, feudali, consuetudinarie, un codice solo. Così solamente poteansi svellere dalla radice i disordini e la corruzione de' tempi viceregnali, e ritirati gli ordini verso i loro principii, restituire all' unità ed alla forza civile tutte le parti dell'amministrazione 6).

1) Il CAPASSO nato in Grumo nel 1671, e morto in Napoli nel 1646, riparò la grave perdita da noi fatta per la morte di GRAVINA e d' AULISIO. Egli diffuse nella nostra università la vera sapienza legale, ornata della più scelta erudizione. Insegnò prima il diritto canonico, ove del pari che poi nella cattedra primaria del dritto civile, spiegò opportunamente la necessaria pompa della filosofia e della storia. Un'eloquenza mirabile, una chiarezza rara, un singolar nitore di lingua gli attraevano un numero prodigioso di uditori. Anche senza tanta scienza legale, lo avrebbero renduto celebre la perizia nella lingua greca e latina, e l'atticismo maraviglioso con cui maneggiava ne' suoi versi il vernacolo napolitano. *Incuriosa suorum aetas* lo celebra ora più come poeta e restauratore delle grazie del patrio dialetto, che come giureconsulto: i profondi suoi libri legali, da' quali tanto presero il FIGHERA e il CAVALLARI, son diventati rarissimi.

2) GIUSEPPE-PASQUALE CIRILLO nacque anch'egli in *Grumo* nel 1709. Morì nel 1776. Le opere da lui pubblicate lo svelano eminente giureconsulto, e non minore letterato e poeta. — Di FRANCESCO D'ANDREA, primo nel nostro fôro che fece udire la vera eloquenza quale la delfiniace CICERONE, parla FRANCESCO REDI con somma lode nel suo ditirambo:

E se ben Ciccio d'Andrea
Con amabile fierezza
Con terribile dolcezza
Tra gran tuoni d'eloquenza, ec. ec.

DOM. AULISIO fu il maestro di CAPASSO, VICO, GIANNONE, ARGENTO, ec.—Ho molti argomenti da credere che CIRILLO fosse il maestro di FILANGIERI, il quale avea già 24 anni, e scriveva il comento alla *pramm.* del 1774, quando CIRILLO morì.

3) Il chiariss. GIACOMO FARINA, presidente della corte, nacque in *Pietramelara* presso *Tiano*. — Ed aggiungiamo ora in questa seconda edizione del discorso, ch' ei visse sempre nel consorzio delle Muse e di Astrea: morì nel 1832 vice-presidente della corte suprema di giustizia. Noi ne tessemmo un breve elogio nel nostro discorso, *Della discussione pubblica*, pronunziato al riaprimento della corte suprema, 7 gen. 1833.

4) E l'elogio che DANTE fa di GIUSTINIANO:

Cesare fui e son Giustiniano,
Che per voler del primo amor ch'io sento,
D'entro le leggi trassi il troppo e 'l vano.

DANTE, Par. VI, 10.

5) *Ex intima philosophia, iuris disciplina.... De lege et iure diserens, ad natura referes omnia.... Stirps iuris a natura.... Natura iuris ab hominis natura est repetenda.* CIC. *De legibus.* — V. la *nota* in fine.

6) CIRILLO intitolò questa sua opera, *Codice Carolino*, mirando al quale il marchese TANUCCI, non

12. Sì gran concetto è stato alfine eseguito; e del codice unico, in cui il meglio di tante leggi si è fuso, noi per la sua parte penale siamo i portatori. Chè questo non è surto in un colpo, come già in una notte procellosa il *monte nuovo* nel *lago Lucrino*. Una successione di leggi, nella progressione assidua de' bisogni civili e de' lumi dettandolo le cose stesse, le ha sì portate a questo termine 1), che noi per isnodare e applicare le leggi nuove, non faremo altro che richiamarle con la storia legale alle antiche 2). Platone parlò della necessità delle revisioni decennali in ogni legislazione 3). A noi non son mancate queste, specialmente dal 1734 in poi, quando da provincia di lontana dominazione, le Due Sicilie divennero regno. Oggi si è fatta di tante leggi una specie di revision regolare; ed il passaggio dalla vecchia alla nuova legislazione è assai meno sensibile di ciò ch'occhio volgare può scorgere.

13. Io l'andrò brevemente dimostrando nelle tre parti nelle quali di sua natura è distinta la legislazione penale; leggi determinatrici de' reati e delle pene; leggi giurisdizionali; leggi di procedura. Nel regno ove nacque Filangieri, nulla può esser nuovo di quanto andrò divisando 4).

14. Le leggi penali, o sia le determinatrici de' reati e delle pene, cominciarono nel nostro regno, come altrove, da principii crudi e indistinti: tutto era nell'arbitrio del giudice, tranne alcune leggi speciali dettate con severità che or sarebbe

tralasciava di tratto in tratto proporre quelle leggi che avviavano insensibilmente le cose o alla sua pubblicazione, o ad altra compilazione che i tempi avesser dettata migliore. — Vico (*De uno un. iuris pr c.* 153 *in fin.* e 154) assume, che a riparare una città corrotta, due modi dà la Provvidenza; l'officio di giureconsulti, e gli ordinamenti legislativi. I giureconsulti, ancorchè gli ordini sieno incomposti, profittando della venerazione comune, e degli stessi governanti, verso l'antichità, possono facilmente le antiche instituzioni trasportare alle attuali, e snodar con quelle i dubbii e le contraddizioni di queste. Questa è l'opera cominciata appo noi da Fr. d'Andrea, e proseguita dall'Aulisio, Gravina, Capasso, Vico, D'Asti, Giannone e Cirillo. Costoro dal 1650 al 1776 non fecer altro risuonare nelle accademie e nel fòro, che l'autorità del dritto romano, il quale ridotto ad unità di principii, eglino intramettean per tutto; e così l'incomposta farraggine di tante leggi e statuti piegavano nella pratica al giusto ed al retto. La filologia intanto del Pellegrino, del Pratillo, del Mazzocchi, rendeva sempre più invaghite le menti dell'antica grandezza, e conspirava per altra via allo stesso fine· *pristina instituta ad praesentia producere*. È vero che questi centoventisei anni di movimento nella educazione scientifica e forense, vennero preceduti da Ottavio Sammarco che scrisse in dritto pubblico nel 1628; ma i suoi principii non potettero divenir comuni e popolari senza l'aiuto di tal successione di giureconsulti eruditi. Perciò le sue opere vennero bentosto quasi obbliate. Costoro poscia prepararono le menti ad accogliere con trasporto universale la *Diceosina* e la *Scienza della legislazione*. E dopo d'essi giunse utile l'opera del legislatore, che non già *pristina instituta ad praesentia producit*, ma *praesentia ad pristina instituta revocat*. — Lo stesso è avvenuto in Francia per opera della successione de' giureconsulti da Cujacio fino a Domat e Pothier. Gli sprezzatori orgogliosi dell'opera lunga e faticosa della filologia e della giurisprudenza, son simili a chi immemore del viaggio, si disfà ingrato della nave e del pilota che l'ha ricondotto da' suoi lunghi errori nel porto. Filologia e giurisprudenza sono i due motori che svolgono a poco a poco, e rendono popolari le massime della filosofia civile, dal che i mezzi e l'opportunità al legislatore, se mai *qua sapiens, qua fortis extiterit*, di ricondurre tutta la sparsa legislazione a' principii suoi in un codice. — V. lo stesso Vico, *De constantia philologiae*. — V. appresso la *nota* .

1) *Ipsis rebus dictantibus.... Usu exigente et humanis necessitatibus*. L. 2, § 11, D. *de origine juris*. Inst. § 2, *de iure naturae, gentium et civili*— Aggiungiamo a questa *nota* della prima edizione l'avvertenza, che il movimento legislativo nel regno dal 1734 in poi, è stato il soggetto della storia della nostra legislazione che abbiamo poi esposta ne' vol. 1 e 2 della nostra *Procedura penale*.

2) La prima regola della interpetrazione ed applicazion delle leggi, è che *anteriores leges ad posteriores trahantur*. L. 27 et 28, D. *de legibus*. Così si lega il passato al presente, e questo al futuro, e nella successione de' bisogni e de' mezzi civili si celebra quello spirito di vita che rende veramente una e fa considerar sempre viva una nazione. *Unum est quod uno spiritu continetur*. L. 30, D. XLI, 3, *de usurp. et usucap.* — V. sopra nella *nota* 37 le due frasi di Vico, *pristina instituta ad praesentia producere*, ufizio del giureconsulto, e *praesentia ad pristina revocare*, ufizio del legislatore. Ma il *pristino* è ciò in che gli antichi *recto itinere praecesserint*, non il feudalismo, nè gli usi gotici del medio evo.

3) *Necesse est*, dice Platone, *in his praesertim quae multa parvaque sunt, nonnulla in prima positione legum praetermitti, quae magistratus sequentes, usu rerum commoniti* (ch' è ciò che poi fu detto da Giustiniano nel § delle Inst. citato alla nota 38) *quotannis movebunt et corrigant, donec discussa et approbata sufficienter fuisse videantur. Tempus autem ad hoc periculum faciendum, moderatum et sufficiens, decennium est*. De Legibus, Dial. 6, ex tral. Mars Ficini.

4) Sopprimiamo qui tutte le altre note che nella prima edizione di questo discorso servivano a dimostrare quanto in succinto diciamo ne' §§ appresso. Ne abbiamo fatto il soggetto delle opere posteriormente da noi pubblicate.

ferocia 1). Ma la filosofia e il buon senso de' magistrati avevano introdotta sì fatta giurisprudenza, approvata dalla Real Camera e da molti regii rescritti, che forse nel fòro non faceva desiderare regolamenti migliori. Oggi le leggi scritte, ch'erano sì indigeste e feroci, sono state abolite; e la nostra giurisprudenza è ridotta in legge penale: per lo che questa, lungi dall'esser copia della legge penale francese 2), ha le sue prime disposizioni generali tratte dal Filangieri; e quelle relative al tentativo, all'ebbrezza, alle scuse, non son altro che le stesse cui siamo per giurisprudenza abituati; tal che sparita la contraddizione antica tra le leggi e i giudizii, noi dobbiamo celebrare in questi principii umanissimi, che sviluppati da' nostri giuspubblicisti, temperavano appo noi quell'arbitrio il quale imperava nelle cause per l'applicazione delle pene 3). Se non che oggi ogni arbitrio è cessato: niun fatto può più dichiararsi punibile, se non è tale espressamente dichiarato dalla legge; niuna pena può essere applicata, se non è dalla legge indicata qual sanzione espressa dell'infrazione.

15. La parte della giurisdizione che può parere più nuova è la giurisdizionale. I misfatti più gravi erano in questa provincia giudicati da un solo, il *Commessario di campagna;* giurisdizione di cui ognuno conosceva l'esorbitanza, e ne desiderava il cessamento. Egli aveva in tutta la provincia per inquisitori ed ausiliarii gli *scrivani di campagna*, de' quali meglio è tacere che dire, ed esecutori i *birri di campagna*, genia già fulminata nel 1803 dal Duca d'Ascoli, ed abolita poi del tutto mercè la nobile repristinazione degli antichi *Irenarchi* nella *gendarmeria*. La cognizione degli altri reati era poi ripartita tra la Vicaria i tribunali militari, e i governatori regii e baronali, la giunta de' veleni, la giunta de' delitti atroci per gli ecclesiastici, ed altre competenze innumerevoli. Trovare il giudice d'un reato, era opera piena di ansietà e dispendiosissima, e spesso inutile per chi cercava giustizia. Quindi giudizii annosissimi, prigionie prolungate, e impunità e scandali infiniti. Oggi non avete che due sole giurisdizioni penali, la militare, ma tale per ragion di materia, non mai per ragion di persona, e la giurisdizione ordinaria. Questa è esercitata dalla sola corte criminale ne' reati criminali, e dai giudici di pace, gli antichi *Difensori di città* 4), ne' correzionali ed ammonitivi; principio semplicissimo predicato da egregi nostri scrittori, manifestato dall' abborrimento pubblico per le competenze di eccezione, secondato da molte leggi pubblicate qui nel secolo passato, e dagli sforzi assidui della Camera reale. Così ridotte ad unità tutte le giurisdizioni, l'abolizione della feudalità di quel flagello ignoto ai nostri padri quando Capua era Capua, cospira maravigliosamente alla restaurazione della forza necessaria a' giudizii.

16. In ordine poi alla procedura, a voi vien riportato a un di presso l'antico processo imperatorio. L'influenza odiosa degli scrivani è cessata; gl'inquisitori sono gl'*Irenarchi* e i *Difensori di città*, *Gendarmería* e *Giudici di pace*. L'interrogatorio del reo segue il suo arresto; l'accusatore pubblico riassume in se tutte le accuse private; scelta libera del difensore; libera difesa; discussione pubblica delle pruove; motivazione, o sia ragionamento della decisione in fatto ed in diritto. Le quali novità erano state per l'investigazione iniziate dalle prammatiche del 1735 e 1738; per l'accusa, dal ritorno operato da Tanucci dell'avvocato fiscale a tutta la sua dignità; per la difesa, dalla legge del 1783 che ridusse ad ordine il ceto degli avvocati; per la discussione pubblica, dalla ripetizione de' testimoni in presenza del reo, e dalla confrontazione prescritta dell' ordinanza militare del 1789 abolitrice della tortura; per la motivazione, dalla legge nobilissima del 1774 comentata dal Filangieri 5).

1) Ciò è dimostrato ampiamente da Vico, essere della natura delle cose, ed essenziale a' primordii delle nazioni che escono o dalla prima barbarie, o dalla barbarie ritornata.

2) La legge penale de' 20 maggio 1808, è tutta di conio napolitano.

3) La regola sovrana de' giudizii era nelle due ll. 11 e 13, D. XLVIII, 19, *de poenis. Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem; ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat*. E tutti i giudizii erano *extra ordinem*, o almeno vi era la facoltà dell' *arbitramento degl' indizii*, e delle *pene straordinarie*.

4) V. i titoli del codice teodosiano e giustinianeo *de irenarchis* e *de defensoribus civitatum*.

5) La *nota* che giustificava nella prima edizione queste proposizioni, è stata fusa nelle nostre opere

17. Preparato è qui dunque il terreno, precorsa dagli scrittori patrii è la via, educate da più tempo sono le menti a ricevere la novella legislazione. Noi non cominciamo con essa una novella civiltà, ma progrediamo in quella che si godeva; sciolti però dalle difficoltà del numero e contraddizione delle leggi, distrigati dalle autorità incerte di oscuri scrittori, purgati nell' aperta luce di semplici e ben collegati e fecondi principii, certi di noi per forme sicure d'interpetrazione, renduti intelligibili e popolari per la sostituzione del linguaggio universale d'Italia al gergo barbaro e basso insinuato nelle leggi e ne' giudizii dalla ignoranza e da municipale mal inteso amor proprio.

18. Ma non per ciò, a ben intendere le leggi nuove noi dimenticheremo la sapienza campana e latina, o avremo a schivo di andar rovistando anche le brutture ed il fango del medio-evo: chè di là vien parte della legislazione attuale, e quivi ancora più d' un granello d'oro si trova. Se dunque tuttavia si legge nel codice qualche statuto o consuetudine patria o qualche uso del fôro, là dee risalirsi, quivi è l' originale, benchè irto ed incolto che rivive tramutato in forme più giovenili e più fresche. E tutti i provvedimenti legislativi che sembrano affatto nuovi, con qual regola saranno intesi da noi, e come applicati a'casi frequenti di dritti nati sotto le vecchie leggi, ed attuati sotto le nuove, se le due epoche non si raffrontino, se i nuovi bisogni non si vegga com'escano dagli antichi, se non si abbracci tutta intera la succession moltiplice delle leggi e degli avvenimenti e delle fasi della vostra vita civile? Chi spregia l'albero genealogico della propria civiltà, parmi sì stolto, come chi si gloria di essere stato gettato senza padre certo nel mondo.

19. Per le quali cose siate certi, Nobilissimi Campani, che quanto di meglio è ne' vostri usi, fia nostro. La logica comune, o sia la maniera onde voi giudicate gli avvenimenti e le loro cause, non sarà negletta da noi in penetrare addentro ed estimare i fatti penali sottoposti al nostro giudizio: la filosofia de' vostri illustri scrittori ci guiderà per riunire gl'indizii particolari nel concetto generale che forma la ipotesi, o sia la definizione della legge: la vostra storia è la storia delle patrie instituzioni, mal contorte finora fra i disordini e le anomalie d'intemperanti giurisdizioni, gioverà alla sana interpetrazione delle leggi. Nel qual triplice ufizio, d'estimazione del fatto, di definizione del reato, di applicazione della legge, l'insegna che verrà inalberata dalla corte criminale, qual simbolo dell'adempimento di tutti i nostri doveri, sarà quella in cui già simboleggiava se stesso, e puro ancora dei vizii che perdettero Capua, si mostrava ai vostri antichissimi il senato campano. Il conio il più comune delle campane monete, è *il toro a volto umano, sormontato da un Dio*. In un paese naturalmente agricola, ove non sono elefanti nè leoni, il toro è il simbolo della forza in azione. Abbandonata a sè sola, ella è violenza effrenata, che sfascia quanto investe, e subito muore. Ella sia dunque ardente sì, ma fomentata da consigli umani, fiancheggiata da sperimentata prudenza e da civil temperanza. Ecco perchè i vostri padri diedero a questo toro la faccia di uomo. Ma cosa è mai l'uomo, se non è in quella comunicazion perpetua, che i vostri grandi di Arpino e di Aquino videro fra la Terra ed il Cielo, fonte della religione e della giustizia, principio e fine delle instituzioni civili? Quindi que' vostri emblemi d'ogni potestà civile portano d'ordinario scolpiti sul toro o Giove o Minerva-Astrea o Cerere o Apollo, Dei della civiltà, che permuovendola sotto varii aspetti, la spingono innanzi e la elevano di dì in dì a progredimenti maggiori 1). Forza dunque e fermezza costante, temperata dalla umanità, rischiarata dalla ragion della legge, non alterata mai da vanità di ambizione o di orgoglio, nè da viltà di timore o di lucro, ma inspirata da un principio unico, rivolta ad un fine unico, la religione e la giustizia, sarà quella che noi spiegheremo. Questo è stato in sostanza il nostro giuramento; e questa, o Campani, fia la nostra divisa.

—

posteriori, e particolarmente nel discorso, *Della discussione pubblica*.

1) Adunque *il toro a volto umano, sormontato da un Dio*, è linguaggio simbolico, tradotto poi nei versi famosi:

Vis consilii expers mole ruit sua;
Vim temperatam Dii quoque provehunt in maius.
Hor. Od. III, 4, v. 65.

II.

DELL' USO

DELL' AUTORITÀ E DELLA FILOSOFIA NE' GIUDIZII 1)

> Qui utrumque voluit et potuit, id est ut cum maiorum institutis, tum doctrina se instrueret, ad laudem hunc omnia consecutum puto.
>
> Cic. *De re publica*, III, 3, *edente* Maio.

1. Signori, nel formare, sì come siam usi, lo specchio de' vostri arresti dell'anno, non pur io, che gli onorevoli colleghi miei, ci siamo in essi fortemente compiaciuti, perchè perenni documenti di quanto voi volete e potete, sì nel ripeter le norme de'vostri ufizii dagl'instituti de'maggiori, e sì nell'avvivarle e fecondarle con la filosofia. I quali due pregi son forse i soli che nell'amministrazione della giustizia, ove ogni altra virtù è dovere, dan pur diritto alla lode.

2. Nè l'un d'essi può mai raggiungere il suo scopo quando è disgiunto dall'altro. Imperocchè se vi ha magistrato, che *pien di filosofia la lingua e il petto*, sdegni riportare le istituzioni recenti alle antiche, ben può trasvolare ardito in un mondo ideale, ma invano si aspetta da lui la filiazion genuina delle leggi, e la successiva gradazione de' loro principii e delle cittadine occasioni; per cui smarrite le origini, ci viene spesso a sostituir la sua alla ragione del legislatore. Per contrario chi a ciò che fecero gli antichi ciecamente attenendosi, non sappia filosofare sul già fatto da essi, ad ogni subita apparenza si assidera, o estima facilmente i dritti e le obbligazioni dal peso non delle cose, ma delle parole 2), e guarda ogni nuova instituzione con impazienza e disprezzo, perchè agli occhi suoi nebulosa, indeterminata ed incerta.

3. Piacemi dunque in questo primo giuridico giorno dell'anno riaprir l'esercizio della nostra carica, ragionando brevemente della necessità di unire per la retta amministrazione della giustizia l'autorità storica alla filosofia. Questa è la somma a cui riduco i principii motori degli arresti pronunziati da Voi; duplice risguardo, per il quale Voi stessi che alla piramide giudiziale in cima sedete, io potrò mostrare in esempio a tutta la magistratura.

4. Quando io odo suonar tant' alto in Lamagna i dissidii tra la setta storica e la filosofica de' giureconsulti, parmi ripetuta, o per dir meglio continuata la gara, che arse già tra Atteio Capitone ed Antistio Labeone, e poi tra i loro seguaci. Ma anche allora ben avvertirono i saggi, che adorare superstiziosamente l' autorità de' maggiori, sì che al di là di essa non si trovi porto o salute, dà sempre alla giurisprudenza alcun che di servile e d'irto e spiacente, la rende mal propria a' nuovi bisogni ed a' tempi, e per seguir troppo l'*equità naturale*, sulla quale gli uomini formarono i primi lor usi, corrompe e rende incerta la volontà ordinatrice del presente stato d' un popolo. All' incontro l'affidarsi con soverchia baldanza all' ingegno, e all'esclusivo predominio d' un diritto primitivo ed archetipo, rende proclivi gli animi a proferire il pallio filosofico, benchè straniero, alla toga cittadina, e a far la buona fede giuoco di sottigliezze e di astruserie; tal che per dar tutto all'affettazione ingiuriosa di un *sommo dritto* 3), disaguaglia le uguaglianze reali,

1) Discorso pronunziato al riaprimento della corte suprema di Napoli nel dì 7 gennaio 1841. — V. il n. I pag. 315 alla *nota*.

2) *Ut omnia verborum momentis, non rerum ponderibus examinet*. Cic. *De re publica*, III, 8, giusta l'edizione romana, fattane dall'eminentissimo Mai. — Sparso delle reminiscenze di quest' opera insigne, già sì cara a S. Agostino, è questo *Discorso*, il quale unito al *Discorso* precedente, può dirsi un'appendice, o per dir meglio, un' applicazione alla giurisprudenza de' principii ancor più generali, espressi da noi nell'altro discorso augurale, *De imitatione veterum*, recitato al riaprimento dell'università degli studii nel 1836. — V. il n. III, pag. 334.

3) Gravina (*Orig*. I, 45) ci è autore, che tra la

toglie ogni riverenza alle istituzioni dei padri, fondamento del costume pubblico e dell'amor della patria, e nulla sa trovar di sapiente, tranne ciò che esce del proprio capo, quasi Minerva dalla testa di Giove.

5. Ben disse l' eloquente storico della natura, che pari al bruto, o di poco differente sarebbe l' uomo, se abbandonato alle sole facoltà individuali, non potesse far cospirare le forze degli altri con la sua, nè sapesse perfezionare all'uopo, non che far propria, l'opera degli avi e l'esperienza del passato. Cieca e infelice religion delle tombe è l' arrestarsi sempre in un' estasi immobile sulle antiche memorie; ma è natura dell'uomo, è necessità prima della vita modellarsi in ciò che il presente stato comporta, sugli utili e virtuosi esempii che ci han lasciato i maggiori 1). Questo primo nostro giorno giuridico sorse più fruttifero a noi, perchè ricco di quanto lo scorso anno insegnò, come il primo dello scorso anno mostrava il lucro a cui doveva apporsi il capitale accumulato nel precedente, e così d' anno in anno, di secolo in secolo, sino all' antichità più remota.

6. So che imitare senza discernimento i difetti de' maggiori, chè anch'essi n'ebbero perchè uomini, e con funesta gara superarli, rende l'età de' padri più rea di quella degli avi, per dar figli peggiori, ond'ei mettano al mondo più viziosa progenie. Ma arrossirete Voi, giovani avvocati che m'ascoltate, arrossirete prendere a modello quei sommi giureconsulti, italiani tutti e veri italiani, che ci han lasciato il deposito della romana sapienza? Generazione d' uomini, vel dirò con le parole nobilissime di Pietro Giordani 2), nuova ammirabile; fidi intrepidi incorrotti sotto mostruosa tirannide; dotti e sapienti in molta ignoranza universale; virtuosi e magnanimi in popolo abbietto e corrottissimo, conservando in tanta corruzion di governo il puro linguaggio e i costumi de' quiriti; scrivendo con sobrietà e schiettezza greca; pieni di sapienza morale e politica; con diritto e fermo raziocinio; brevi acuti efficaci, mostranti una severa ed elegante maestà. Nè

setta storica e la filosofica la principal differenza è; *quod Sabiniani aequitatem, Proculiani summum ius potissimum spectant*. — *Summum ius* fu propriamente il diritto primitivo ed universale. *Summum est quo nihil est superius* (Cic. *Tusc.* II, c. 9). Ed in questo senso spiega il Mai e il Villemain la sentenza di Cicerone (*De re publica*, V. 4): *summi iuris peritissimus, sine quo iustus nemo esse potest; civilis non imperitus*. E come *sommo* (cioè cui nulla è superiore) naturalmente ne' monti e in tutte le altezze coniche è il *vertice*, l'*apice*, cioè la parte più esigua ed esile, così *summum ius* poi divenne lo stesso di ciò che fu pur detto *apices iuris*; cioè tutto quello che uscito a sottigliezze metafisiche e sofisterie filosofiche, porta gli animi a sagrificarvi l'*aequum bonum*, il quale è una estimazione delle cose un poco più alla grossa. Quindi le superchierie forensi *existunt etiam saepe, calumnia quadam, et nimis callida et malitiosa iuris interpretatione: ex quo illud: summum ius, summa iniuria, tritum iam sermone proverbium* (Cic de off. I, 10); e Ulpiano, *bonae fidei non congruit de apicibus iuris disputare* (L. 20, § 4, D. XVII, 1, *mandati*). — Nel che *sommo dritto* non è da confondersi, come sembra che si faccia comunemente (Coccei, *ad* Grot., prol. § 44), con *stretto dritto*; nome che si dà ad ogni legge, che dalle sue parole *interpretationem certam habet*, e che non comprende altri casi, che quelli in essa espressamente nominati, i quali non possono venire altrimenti risoluti, che strettamente, e secondo le parole della legge. Ma nel far ciò si adopera tutt'altro che sottigliezza, e si ubbidisce alla legge, nè si fa ingiuria ad alcuno. Non credo adunque proprio il fare *strictum ius* sinonimo di *subtile* e *summum*, come fanno i lessici (V. Vicat alla parola *strictus*). *Subtile*, come *summum ius* nel senso di interpetrazione ingiuriosa, pare a me che sia la interpetrazion metafisica, la quale deriva da' principii astratti dell'interpetre, non dalla mente del legislatore, nè dall'uso di giudicare E così la frase *ius summum*, il dritto universale, fonte del dritto positivo, degradò fino ad esser sinonima di *summa iniuria*. — Di queste permutazioni nella significazione delle voci, ci porge esempio anche Cicerone nella voce *iurisconsultus* (Pro Murena, c. XIII). Questa voce, nel senso suo primitivo, indica chi professa *philosophiam veram, non simulatam* (L. 1, *De iust. et iure*); cioè *rerum humanarum, divinarumque notitiam, iusti atque iniusti scientiam* (l. 10, *eod.*). Poi decadde sino ad esser sinonima di *leguleio*, o sia di chi è tutt'altro che filosofo, facendo consistere il suo sapere, in recitarvi qualche legge, o formola di pratica; *tenuis scientia*, come dice lo stesso Cicerone, *inanissima prudentia, fraudis et stultitiae plenissima*. Ed in questo senso egli ch'era certamente giureconsultissimo nel primo e nobile significato della voce, dice che giureconsulto nel secondo significato era vanto sì lieve, ch'egli se lo avesse ambito, lo avrebbe ottenuto in tre giorni: *triduo me iurisconsultum esse profitebor*.

1) *Imitandi maiores: sed primum illud exceptum sit, ne vitia sint imitanda; deinde si natura non feret, ut quaedam imitari possint*. Cic. *De officiis*, I, c. XXXIII.

2) Nella sua lettera a V. Monti, che precede la traduzione dell'epistola CXIV di Seneca.

imitabile meno è il loro artificio di circoscrivere con brevità e precisione un fatto ; di misurarlo col preveduto dalla legge; di paragonare le interpetrazioni dei savii e i giudicati precedenti co'fatti somiglievoli ; di dedurre la ragion comune a' casi speciali ; di avvertire nella cosa privata il pubblico bene o male dell'esempio; e tutto ciò con semplicità, con chiarezza, e con brevità maravigliosa. E così non da vane astrattezze, ma dal movimento stesso della umanità antica ne' giudizii, s'impara ciò che si debbe a Dio e al Sovrano, ciò che alla patria, alla famiglia, alle persone con le quali ci leghiamo d'interessi e di fede, e qual sia l' ufizio del giudice, e quale di ogni altro pubblico amministratore, e come si riducano in formole certe e legali i casi variatissimi dei sociali accidenti. Così si crea da forme particolari, e fra le più elette per l'opera di eletti ingegni, la forma unica della convenienza, del decoro, del giusto, dalla quale proprii a ritrarla, escon spontanei i colori e le voci. Così in fine l'opera del giureconsulto non sarà lo stento del copista o contraffattor di modelli, che a forza di squadra e compasso, linea per linea, punto per punto, senza vita e movenza, ne trasporta in tele esaminata l'immagine ; ma egli piegherà all' arte sua quanto è di ottimo nelle altre ; e dotto imitatore, sarà l'Urbinate e il Canova della giurisprudenza 1). Questo è *recte sapere*, questo è avvantaggiarsi dell'antico, questa e la filosofia che usar si dee ne' giudizii.

7. Io rido agli sforzi eruditi di chi va nelle leggi romane ricercando le tracce della filosofia stoica, o platonica, o peripatetica ; minuzie infeconde, pregiudizii d'un'età più d'un'altra, tendenze particolari di questo o di quel giureconsulto. E che ? In tai pendenze particolari è egli forse riposto lo spirito, che diffuso per tutte le membra, alimenta dentro ed eterna la romana giurisprudenza 2)? Esso è

1) Hor. *De arte*, v. 309 a 318. Vedi come, non pur questo brano, ma tutto è tradotto con tal verità dal nostro chiariss. march. di Castellentini T. Gargallo, ch' emula spesso l'originale. — Io per me ho creduto sempre, ch'essendo la giurisprudenza la più nobile, la più universale, la più necessaria delle arti sociali (presa la voce *arte* nel più alto suo significato, Dante, inf. XI, 105), i precetti generali di tutte queste sieno comuni a quella: e che perciò contenga più forza di giurisprudenza il libriccino *De arte poetica*, che intere biblioteche forensi *in folio*. Ma *forza di giurisprudenza*, e non più; o sia *filosofia in azione nelle cose della vita*. Come questa poi si applichi praticamente alla *uguale utilità delle cause particolari*, per servirmi delle espressioni di Vico, non può che ricercasi in quegl'*infolio:* arene aride spesso, anzi fango. Ma io m' infangherò, io me ne brutterò, diceva Cicerone, *me oblinam sciens; quod quoniam qui aurum quaerunt non putant recusandum, nos cum iustitiam quaeramus, rem multo omni auro cariorem, nullam profecto molestiam fugere debemus* (*De re pub.* III, 5). Se non che per infangarsi con frutto, convien essere ben imbevuto de' principii di tutte le arti della vita civile, sì che ciò si faccia, *ut astrorum gubernator, ut phisicorum medicus; uterque enim ad artem suam utitur, sed se a suo munere non impedit* (Idem, ibid. V. 4). Nel qual senso e con le quali restrizioni, un uomo colto, che professa con amore la giurisprudenza, ne prosegue con profitto lo studio fra gli architetti, fra i medici, fra gli uomini illustri nella strategia militare, e molto più fra i poeti, ne' musei delle belle arti e ne' teatri, perchè i principii del vero e del bello, sono, benchè sotto altro aspetto, gli stessi che quelli del giusto: ei da tutto prenderà, com'ape, il suo mele. Ma a' filosofi puramente contemplativi, quando li troviate inabili alle cose della vita sociale, conviene a miglior ragione il dilterio ond'è si sovente schernito un matematico puro, inetto alle applicazioni della scienza alla pratica: *purus mathematicus, purus asinus*. E che diremo de' legisti puri, che non hanno altro che la materiale memoria di qualche articoletto di legge, o di esempio di cose giudicate, e credono con ciò saper tutto? *Storcileggi*, *articolarii*, e non giureconsulti.

2) Virg. Aen. VI, 724. — Bizzarro forse, ma non senza utilità sarebbe per uno di questi nostri annui discorsi il tema: *Della giurisprudenza classica e della romantica*. Ma cosa è *classicismo*, cosa *romanticismo?* Per opporli fra loro bisogna che sieno di genere opposto. Or il primo è certamente di coloro nel cui intelletto *per tutta*

La celeste materia e la terrestre
Uno spirto, una mente, una divina
Fiamma scorrea, che l'alma era del mondo:
Tutto aveva vita allor. — V. Monti.

Quindi nel *digesto*, benchè le particolarità de' casi vi sieno forse troppe, esse formano unità, o sia *quod continetur uno spiritu* (L. 30, D. XLI, 3, *De usurp. et usucapionibus*). Allargate, o restringete queste particolarità, ma badando solo agl'interessi materiali, variabilissimi per sè stessi, senza legarli ad un fine generale, esse *non continentur uno spiritu*, e ne nasce la *giurisprudenza slegata*, giurisprudenza di casi, e non *classica*, che Dante direbbe *divinata;* perchè senza quel *vimen* che vivo sempre le stringa. — O questo dove manca ogni unità, è il *romanticismo*, o la voce è vota di senso. Imperocchè l'eruttare ad ogni aprir di bocca, *Ait praetor*, *Attius fundum*, *Titius Seiae*, ovvero *unquanco* e *s'illuia* e il poco fa detto *divima*, ed il ragionar di *Mercurio* o d'*Achille dal-piè-leggiero* o di *via appia* nel giudicare i conti d'un appalta-

ne' principii dell' umanità universale; in quelli senza i quali non vi ha scuola filosofica degna del nome; in quelli cioè, che partendo dal punto altissimo da cui *Depende il cielo e tutta la natura* 1), informan sì quel corpo venerando di sapienza civile, che anch'oggi, o si propenda alla filosofia germanica, o alla scozzese, o all' ecletica 2), chi è studioso delle leggi non può fare a meno di svolgere incessantemente, perchè solo in quel codice l'intelletto legale si forma, con quello si disveste ogni dubbio o pregiudizio, quello pér la maggior parte rivive tradotto nelle moderne legislazioni. Queste han forme diverse, ma uno n'è il fonte, gli stessi i principii, ed i nomi di legge o i medesimi, o sol lievemente mutati; e perchè non pur segni delle idee, ma impronte e sigilli onde sono dalle umane necessità e dal l'uso marchiate le cose 3), quasi tutti adesso sono senza definizioni: tal che chi dee ricercar queste (e chi può saper di legge, se non sa la definizion de' suoi nomi?) non altrove che in quel codice ne trova il triplice lessico; etimologico per le origini primitive; filosofico per l'analisi e la genealogia de' pensieri legali rappresentati da' vocaboli; e pratico per la varia loro significazione, secondo i luoghi ov' essi vengono adoperati, e secondo la testura delle disposizioni varie, applicabili alle varie circostanze e di tempo e di persone e di cose.

8. Tutti hanno aperto il *Digesto*, ma non tutti hanno osservato, che quasi al frontespizio sta ne' suoi primi tre titoli la profession solenne di quella filosofia che può esser utile a tanto lavoro: ella è che riproducendosi in seguito in mille guise, fa il *semplice* e l'*uno* di quella singolare compilazione di frammenti di autori varii, di epoche varie, sotto dominazioni or più aspre, or più larghe; e perciò esempio unico e maraviglioso. — *Al principio risponda il fine e il mezzo* 4), è il dogma fondamentale della filosofia in azione. Ed in ordine al principio, in quei primi tre titoli si professa, che la congiunzione, anzi cognazione degli uomini, formata sul tipo divino di quel *valore che ordinò e provvide* 5), non è circoscritta da tempo, non da numero, non da stato, e constituisce un tutto sempre vivente, sempre andante ad un fine: la natura del dritto dee ripetersi da questa umana natura 6). — Ed in ordine a' mezzi, ivi è detto, che per l' appunto da questa cognazione

lor di strado che vi decupla (e sarebbe discreto) le suo spese, non è *classicismo*, ma noioso è insopportabile *pedantismo*. *Classico* è ciò che appartieno alla prima classe della società, cioè a quella do' sovrani intelletti, sdegnosi delle inezie grammaticali e delle servili imitazioni. Così per contrario il gettarsi tuttavia a corpo perduto tra sozzure o tra streghe, o fra le immagini antisociali degli assassini e de' suicidi, non è *romanticismo* (perchè molti romanzi sono anch'essi *classici*, come quel del MANZONI) ma o è un degradare fino a compiacersi de' costumi i più plebei, e de' vizii e pregiudizii della classe più stupida e più degna di spregio nella società, ovvero, se si fà per servile imitazione, è anch'esso un *pedantismo*, ma più vile e nato da peggior modello del primo. Il quale *pedantismo* alla fine non è altro, che *pedibus in sententiam ire*, *pedem pede sequi*, non però con la semplicità delle *pecorelle* di DANTE (*Purg*. III, 79), ma con petulanza e cipiglio da pedagogo. Ed o ciò si faccia per arcaismo, o fuggendo questo si faccia per contraffare un esemplare di fresca moda, l'uno e l'altro nel principie motore e negli effetti è lo stesso.

1) Par. XXVIII, 42.

2) Tranne l'epicurea, che professa, *nihil curare Deum, nec sui, nec alieni*. Vedine le ragioni in CIC. *De legibus*, I, 7; in MONTESQUIEU al primo capitolo del libro primo; ed in VICO, *Scienza nuova*, 1744, alla *conchiusione*. L'epicurea, che fa soggetto della legislazione unicamente gl'interessi materiali, mal si confà a quella che chiamammo *giurisprudenza classica*, la quale è *nel principio uno e nel fine uno* d'ogni arte o scienza. Se leggiamo le opere del nostro TASSO, il cui *classicismo* nella *Gerusalemme* e nell'*Aminta* è fuori controversia, vi troveremo il *classicismo* stesso ne' dialoghi morali e politici; perchè una per lui è, come esser deve, la forma del *vero* o *retto*, del *buono*, o del *bello*, aspetto triplice dell'*ordine*; il quale è trattato sotto la forma del *bello* nelle belle arti, sotto la forma del *buono* nelle scienze morali ed economiche, sotto la forma del *retto* nella legislazione; in modo però che l'una forma dee sempre contenere e svelare l'altra. Quindi la lettura de' classici è stata sempre eminentemente utile a' giureconsulti; e gli studii archeologici i quali menano alla retta intelligenza de' resti classici dell'antichità, preparano la via alla giurisprudenza classica. — V. SCIP. GENTILE nel suo *Parergon*.

3) *Mens seu ratio. . . . ut signa quaedam. sic verba rebus impressit*. CIC. *De re pub*. III, 2, capitolo nobilissimo intorno all'origine ed alla progressione del linguaggio.

4) PETR. I, son. 59.

5) Par. IX, 5.

6) L. 1, 2 e 3, tit. I, *De iustitia et iure*. — L. 2 § 11, tit. II, *De or. iuris*, ov'è il famoso *ipsis rebus dictantibus* di VICO. — L. 2 e 41, tit. III, *De legibus*.

universale tra le generazioni che furono, che sono, che saranno, essi ci si porgono negli usi de' popoli che si succedono, nelle cose similmente giudicate, nella mente del legislatore provvidente per gradi a' bisogni nuovi usciti dagli antichi, ed oltre a ciò ne' responsi dei prudenti; di quegli uomini cioè che guardando il movimento del passato pel presente verso l'avvenire 1), fanno uso d'una filosofia, non complice mai dell'orgoglio o dell' ambizione del momento, e sempre espresso con fede, e senza il gergo misterioso, maschera dell'ignoranza, o ridondante di bassa e volgare ipocrisia 2). — In ordine al fine, ivi si protesta ch'esso non è negl'interessi materiali, o nell'util privato: questi ne nascono di rimbalzo; ma più alto e tutto proprio delle menti è il punto al quale si mira, generar la conscienza della pubblica felicità, sostenuta dalla religione, e garentita dalla giustizia e dalla forza del principato, renduta attiva dall'industria, arricchita dall' abbondanza, espolita dalle arti, illustrata dalla gloria, nobilitata dalla virtù 3). Ecco la triplice profession di fede, che in accostarvi al santuario di Astrea, Voi dovete ripetere, giovani avvocat .

9. Felici, che da' nostri maggiori ritrar possiamo e gli esemplari della perfezione ideale, ed il modo come avvicendarvi le forme delle permutazioni continue de' costumi e della fortuna civile. E chi è sì stolto, che quasi ch'ei fosse trabalzato da regioni non umane, o nato da sè, ami uscir nudo e ridevole alla luce del pubblico, sdegnando e ripudiando una tanta eredità, o sol vestendosi di quella parte di essa che non ha data più antica del nostro ultimo giudiziale riordinamento? Ma questo nemmeno è prole creata senza madre. Una e sempre la stessa è l' umanità: la succession de' bisogni, la quale sola rende legittima la succession delle leggi, non fa altro che suscitare sul fondo stesso variazion di coltura, vantaggiosa soltanto, quando è adattata a' tempi, e risponde alle necessità ed utilità presenti della vita civile.

10. Per le quali cose, come la filosofia di quei grandi piegava senza sforzo alle lor nuove cose, non l' autorità de casi (chè opera sarebbe stata pedantesca e quasi infinita), ma l'autorità della ragione onde i casi da' loro antichi erano stati risoluti, così pur noi, riducendo le regole sparse nel romano codice a principii, possiam rendere facile e spedito e dipendente sempre da' punti medesimi il giudizio dei casi simili, e de' contermini o analoghi. La qual filosofia è la sola, che conforta i buoni ingegni e gli affina, e che in essi, anche in mezzo alla mischia ed a' ravvolgimenti ed a' sofismi degl'interessi privati, dischiude una potenza a fare sovrumana e incredibile. Opera principale di questo supremo collegio è d'esserne, come corte di giustizia, il perfezionatore, e come corte censoria, il permotore e il custode. Rammentar dunque ogni volta, come Voi fate, o Colleghi, che della sapienza de' nostri antichi è figlia la nuova, che in quella i principii, in quella la dottrina, in quella gli esempii per ben giudicar son riposti, non solo è dire il vero, non solo è trasfondere e conservar viva nella giurisprudenza la sua fisonomia sempre italica, ma è dare a' giudizii del giorno un' autorità secolare monumentale e solenne.

12. Se non che per la facilità onde acquistarne i mezzi filosofici, noi siamo assài più fortunati degli avi. Conciosiachè in primo luogo, ci soccorre la religion vera nella quale siam nati. Sovveniamoci, che il gran Padre d' Ippona, il cui libro dovrebb' essere il manuale di tutti i giureconsulti 4), è qui che ci avverte, che la morale evangelica non è altro che il drit-

1) Quindi tutte le virtù civili vanno in Dante *dietro il modo* di quella fra loro ch' *ha tre occhi in testa*. Purg. XXIX, 130. Da essa prende nome la *giurisprudenza*, o sia la *prudenza civile*, di cui la prima parte è l' *arte di stato*, la seconda è la *legislazione*, e la terza è l'*amministrazione della giustizia*. V. *Par*. XIII, 94 e segg. — In Roma si riuniva una volta l' esercizio di queste tre parti nell' uomo medesimo; idea perfetta del *giurisprudente*: *prudentia iuris*.

2) *Veram philosophiam, non simulatam affectantes*, l. 1, 7, 8 e 9, tit. I, *De iustitia et iure*.— L. 1 e 2 § 5 e § 13, tit. II, *De or. iuris*, uno dei cui brani fu tradotto da Dante in quel verso famoso:

Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?

L. 10, 12, 13, 19, e le altre sino alla fine del *tit*. III, *De legibus*.

3) L. 1 § 1, l. 2 e 10 § 1, tit. I, *De iustitia et iure*. — L. 2, § 2, tit. II, *De or. iuris*. — L. 8, 14, 15, 17, tit. III, *De legibus*.

4) *De civitate Dei*, libro che ci avea già conservato molte preziose reliquie de' dialoghi *De re pu-*

to universale, cioè la vera filosofia messa in azione : nè con altre parole o sentenze ei degna vestirne i pensieri, che con quelle di CICERONE e dei maggiori giureconsulti romani. Noi dunque beviamo col latte, e da' primi nostri educatori apprendiamo i principii, che le solenni bennate traevano un dì da lunghi e perigliosi viaggi, e da straniera educazione. Ma presso gli antichi la morale che dagli esempii de'loro Dei potea trarsi, era in tutto discorde dalla morale legislativa 1) e dovea gettar certo in forte imbarazzo verso il popolo e legislatori e giureconsulti. Noi al contrario riceviamo concordanti maravigliosamente insieme, anzi diventate una sola, la morale religiosa e la civile, sì che colui il quale è ben instituito ne' veri principii dell'una, è già a mezzo nel cammino dell' altra 2): non gli rimane che la sola conoscenza pratica delle leggi positive. Ei, se non è ipocrita, non potrà mai nell'amministrazione della giustizia più deviare dal retto 3).

13. In secondo luogo, tutte le p rti in ch' è divisa la filosofia matematica e la naturale, le quali venivano per l'addietro coltivate tra gli ozii e negli ombracoli delle accademie, sono già uscite al sole, per affaccendarsi nella polvere e fra gli urti degl' interessi sociali 4). Sospeso fin dai tempi aragonesi pendeva fra noi ad un muro sacro il modulo delle misure lineari. La filosofia de' nostri oggi ha operato sul monumento antico; lo ha trovato una parte aliquota dell'arco d' un minuto del meridiano terrestre, e su tal base, traendo profitto dagli altri lumi, già dietro al gran GALILEO oggi sì sparsi in Europa, ha ridotto ad uniformità tutte le misure nostre ed i pesi: opera immortale del nostro RE GLORIOSO, e la strenna più nobile, di cui possa un sovrano nel primo giorno dell'anno far lieto il suo popolo 5). Similmente la filosofia fa oggi servire in mille guise al cenno augusto di LUI gli agenti i più indocili ed indomiti della natura, onde animare le manifatture e l'industria, onde facilitare e render rapidi i commerzii, onde rischiarare di più pura luce le notti della sua bella capitale. E in fine, per non dir più altro, la filosofia sottopone oggi a' calcoli i più precisi, e risolve in formole matematiche, i pericoli del campo, e la prudenza e il coraggio di SCIPIONE e di CESARE, rendendo scienza esatta la più cieca, la più incomposta, la più distruggitrice fra le umane vicende.

blica di CICERONE, poi scoperti in gran parte nella biblioteca vaticana dalla diligenza ed eminente ingegno dell'eminentissimo MAI.

1) Fa orrore il *sequimur magnorum exempla deorum* di chi si preparava ad un incesto che pur era sì riprovato e punito da' legislatori. OVID. *Met.* IX, 554.

2) V. l'autore de' *Promessi sposi*, tanto in questo romanzo ricco di morale religiosa e civile, quanto nel suo aureo trattato, *Della dottrina cristiana*.

3) È il nostro DIVIN REDENTORE, che fondamento di tutta la morale fa la carità e la cognazione naturale fra gli uomini, perchè figli del solo padre *qui in coelis est*. Maestro però della legge di carità, di rado alza iroso il flagello contro i viziosi, tranne quando è tutto fuoco contro gl' ipocriti: chè disgraziatamente trionfa spesso l' ipocrisia religiosa, l' ipocrisia filosofica, l' ipocrisia giudiziaria. *Oh ipocritae tristes!* Pilato non fu che un ipocrita giudiziario, sospinto da ipocriti di genere peggiore. E Cromwel ?. . . Il catalogo ne sarebbe infinito. DANTE meriterebbe una buona critica, per avere nella vasta sua mente conceputa sì stretta la sua sesta bolgia, se tutto l' ottavo cerchio e forse più della metà del suo inferno non fosse a vero dire degl' ipocriti. Stiracchiato mi è sembrato sempre il dir che la sua *lupa* sia l' *avarizia*. Ella è l' *ipocrisia*, nel senso generale che nasce dalla greca origine della voce, sinonimo di *frode*. Se fosse diversamente, si rovescerebbe tutta l' economia del poema.

4) E DANTE stesso nel d. XIII del *Par.* v. 97, rileva il poco utile delle scienze, e particolarmente delle astrattezze scolastiche, quando non si volgano agli usi della vita, come p. e. nelle quistioni, *se necesse con contingente mai necesse fenno*, *ai est dare primum motum esse*, ec. ec.

5) Legge del dì 6 aprile 1841, ond' esser messa in esecuzione per l' appunto nel 1 di gennaio 1842. È sulla proposizione di S. E. il ministro segr. di stato degli affari interni. — Onorano altamente la patria, ed utilissime per la intelligenza della legge sono le opere che l'han precedula, dei chiarissimi VISCONTI, AFAN DE RIVERA, CEVA GRIMALDI, personaggi amplissimi, de' quali, il dirò con CICERONE, *nolo nunc esse laudator*, *ne videar adulator*. Ma non posso fare a meno di trascrivere l'esordio della legge stessa, perchè conveniente al nostro soggetto, porge un esempio assai splendido dell' uso della storia e della filosofia nelle leggi. Ricco di principii di economia politica, esso guarda nel vero lor lume i fatti de' maggiori, non che i bisogni presenti, e mostra da essi la occasione e la ragion della legge con parole gravi, degne d' un legislatore, che *mirabiliter doctrinam ex umbraculis eruditorum otioque, non solum in solem atque pulverem, sed in ipsum discrimen aciemque produxit*.

« Volendo correggere la discordanza che dalle

14. Or quanti sono gl'interessi relativi a ciascuna branca di pubblica amministrazione, così al di dentro, che al di fuori d'uno stato, tutti refluiscono nel tempio della giustizia, cioè a dire là dove ha sede la forza prima d'ogni governo, senza la quale niun'arte di pace o di guerra può fare un popolo felice. In questo tempio adunque debbono necessariamente riversarsene i lumi in tanto lor movimento. Ma d'onde partì mai questa luce, se non dalla filosofia, non già puramente contemplativa, ma in azione? E l'aspetto più nobile della filosofia attiva, non è forse il diritto universale, fonte, come Vico dimostra, sì delle istituzioni e delle leggi, e sì delle arti moltiplici della vita civile? Così esse tutte si riuniscono nella giurisprudenza, la cui definizione dataci in quei tre primi titoli da Ulpiano, non è circoscritta che da' confini dello scibile sociale, o sia di tutta quanta è la sapienza civile 1): però ch'ella è intesa, come a solo ed unico suo scopo, a celebrar nei giudizii il libero tranquillo e sicuro esercizio di tutte le arti, che a ben del suo popolo un Re magnanimo promuove e protegge.

15. A Voi dunque mi volgo di nuovo, giovani avvocati. Quante difficoltà presentava una volta l'instruirsi degl'istituti dei maggiori da tradizioni miste di favole, da sparsi mutilati monumenti, da archivii non sempre veridici de' pontefici! Quante maggiori ne presentava lo studio della vera filosofia, per gli ostacoli, ad un cultore di scienze presso che insormontabili, della nimistà abituale tra i popoli, della mancanza di libere e facili comunicazioni, e della varietà di opinioni e di sette, delle cui contraddizioni la maggiore e la più funesta era quella tra la religione del culto pubblico, e la religione del pubblico costume! Ecco perchè il nostro grande Arpinate desiderava un soffio celeste ed il carro alato de' poeti 2), onde trascorrere in un tratto la terra, per conoscerne le tradizioni e le consuetudini diverse, e trarne i principii universali, atti a svolgere ogni favola, e proprii per adattare a' casi qualunque legislazione. Voi non abbisognate di tanto. Dritto universale in prima, e storia civile della vostra patria, ecco quello per cui niuna cura andar dee fuori del segno, e niuno studio è soverchio; ma gli aiuti e gl'incoraggiamenti, una volta sì rari, or ne sono infiniti 3). Degli altri rami della filosofia e della conoscenza delle leggi positive è agevole provvedervi al bisogno, quando sarete ricchi di tanta e sì necessaria suppellettile 4).

16. Che se in questi nostri annui discorsi uso lodevole è il celebrare le virtù de' colleghi trapassati, non mancherò a sì

« vicende o dall'uso trovasi col tempo introdotta « ne' pesi e nelle misure in tutta la estensione di « questi nostri reali dominii; »

« Volendo ancora metter fine a tutte le difficoltà che n'emergono alle transazioni sociali non « meno dal suddetto fatto, che dall'altro ugualmente dispiacevole di non trovarsi cioè in alcun « luogo pubblico depositati legalmente i campioni « de' pesi e delle misure, in modo che la di loro « grandezza passando di copia in copia, si è an« data sempre più alterando successivamente; »

« Considerando che le misure ed i pesi di Na« poli (capitale) sono generalmente più o meno co« nosciute in tutte le provincie del regno, come « quelle che servono di norma ad ogni pubblica « amministrazione; »

« Considerando che nella misura lineare della « capitale, sia per ventura, o a ragione, s'incontri « la circostanza che può sola rendere inalterabile « un sistema metrico di dipendere cioè da un tipo « immutabile naturale, e che possano quindi de« terminarsi agevolmente col calcolo i rapporti di « quella colle altre misure di superficie, di capa« cità, e di peso; »

« Considerando che l'introduzione della progres« sione decimale, per quanto lo comporti la con« servazione de' nomi e delle misure attuali, possa « facilitare oltremodo il calcolo relativo a queste « quantità; »

« Volendo altresì secondare i voti manifestati re« plicatamente da' nostri amatissimi sudditi, parti« colarmente col mezzo de' consigli provinciali (*v.* « *n.* IV *e* V) per la uniformità de' pesi e delle mi« sure; *ec. ec. ec.*

1) L. 10, § 2, D. lib. 1, tit. I, *de iustitia et iure*.

2) *Illo pacuviano invehens alitum anguium curru, multas et varias gentes et urbes despicere et oculis conlustrare.* Cic. *de re publica*, III, 9.

3) Basta per tutto il dire, che la carriera alle cariche per qualunque giovine è aperta quasi in ogni maggio con gli *esami*, i quali cominciano dalla esposizione di qualche cap. di Cicerone *de officiis* o *de legibus*: e già schiera eletta di giovani è per questa via in gradi non ultimi della magistratura.

4) Ecco perchè per far giudizio dell'abilità alle cariche giudiziarie, si esige con saggio consiglio appo noi la conoscenza in prima del dritto universale, primo tema con cui si aprono gli *esami*, e in fine della storia del nostro reggimento civile, ultimo tema che li chiude.

doloroso dovere per le quattro perdite che abbiam sofferte nell'anno; tanto più che la gloria che ne rimane, si lega al soggetto che per voi, giovani valorosi, ho trattato. Chi di voi non ha ammirato la diligenza laboriosa di Giuseppe Celentano, la estensione delle conoscenze legali di Arduino Mangoni, la gravità associata con l'affabilità, innesto difficilissimo, e pur retaggio paterno di Carlo Migliorini? Tutti e tre, dopo lunga ed onorata magistratura, erano stati elevati alla vice-presidenza di questa corte suprema, e due di essi, l'un dopo l'altro, nella camera criminale: sedia fatale, da cui sperda Dio da qui innanzi ogni augurio funesto 1). E che dirò di quell'alacre ingegno, del consigliere di questa suprema corte, in commessione di procurator-generale del Re presso la gran-corte civile delle Calabrie, Ferdinando Lopez-Fonzeca, che benchè spento in età ancor verde, mostrò quanto possa un animo forte, erudito ne'buoni studii, e da accurata educazione sostenuto? Di questi illustri magistrati diversa era la tempra d'animo, diverse le vicende della vita: uno però n'era lo spirito di giustizia, una la vera e non simulata filosofia, diretta dai più scelti esemplari, elevata dalla religione, facilitata e fortificata dall'uso, onde tanto rifulsero per senno e per fede, e per quella scienza delle leggi, che li rendette utili e cari quand'erano in carica, per vivere ancor dopo morte nella memoria e nel desiderio di tutti 2).

17. Ma tanta gloria non si di leggieri si acquista. La virtù non è altro, che la retta ragione elevata alla sua più alta potenza. Noi nasciamo ad essa, ma nasciamo senz'essa. Posta essendo nell'uso di sè, e sol commendevole quando al bene pubblico operosa, ove l'animo prima da diligente educazione non venga ammaestrato ed instrutto, e poi con esercitazione assidua al sommo non giunga, per quanto sia buona l'indole, per quanto valido l'ingegno, mostrerete in voi pronta ed atta all'uopo la materia della virtù, ma virtù vera non mai.

—

III. e segg.

DELLA CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA

AVVERTIMENTO PRELIMINARE

1. Nella nostra *Procedura penale* abbiamo ampiamente esposto l'oggetto, la storia e le attribuzioni della corte suprema di giustizia 3). Nel n. I, pag. 1 di queste *Quistioni* abbiam guardato i rapporti di sì fatta instituzione con le antiche instituzioni del regno, e nel n. V, pag. 39 della corte suprema di Napoli con la corte suprema di Palermo. Nel n. II, pagina 326 abbiamo dimostrato che l'ufizio

1) Ma che? Fatto vice-presidente, qual successore di Migliorini, il comm. Montone, morì senza prender possesso. Il suo elogio è nel giornale officiale del dì 11 febbraio 1842, n. 31.

2) Avrei voluto dire di più, anche per bisogno di cuore, ma sarebbe stato un entrare in sì minuti particolari, che avrebbero estesa di troppo il mio discorso. Per questa ragion medesima molti altri pensieri che avrebbero renduto men secco il modo con cui ho trattato il mio soggetto, sono stati da me rigettati in queste note, onde non consumare con le mie parole il tempo che i miei colleghi dovevano la mattina stessa alle cause: ne sarei stato ripreso da Orazio: *in publica commoda peccas.* — Del resto del vice-presidente Celentano ha scritto la biografia, con accenti di dolor filiale che scuotono ogni anima, il suo figliuolo medesimo. Intorno al vice-presidente Mangoni abbiamo un'elegante orazione, dettata da Tommaso Perifano. Del vice-presidente Migliorini dissi io medesimo qualche cosa intorno all'indole sua ed all'educazione ed agli studii nel mio discorso augurale del 1836, quando offersi un tributo di rispetto nella memoria illustre del padre (*V. il n.* I., § 11, pag. 475): ma egli ha raggiunto il padre nella fine dell'ultimo dicembre; e non ancora i suoi cattissimi amici riacquistano quella calma ch'è necessaria a chi vuole *clarissimorum virorum facta moresque posteris tradere.* Del procurator-generale Lopez-Fanzeca, recitò e pubblicò le lodi in Catanzaro il consigliere di questa suprema corte, presidente di quella gran-corte civile, Zaccaria l'Adula: *laudatus a laudato viro. Ea est enim profecto iucunda laus, quae ab iis proficiscitur, qui ipsi in laude vixerunt,* Cicerone lodato da Catone, *Epist. ad fam.* XV, 6.

3) Proc. pen. prima parte, § 403 a 490.

—

più proprio della corte suprema è quello di ritirare gli ordini giudiziarii verso i principii loro; e ne' nn. XII e segg., pag. 741 abbiamo fatto conoscere in pratica cosa sia l'*interesse della legge* di cui ella si occupa, ed in che differisca dall'*interesse delle parti* di cui non può occuparsi. Il rimanente delle nostre *Quistioni* pubblicate finora non è che lo sviluppamento di questi principii.

2. Tra gli ufizii della corte suprema il più nobile è quello di seder custode delle giurisdizioni 1). Ne abbiamo ragionato in più luoghi di queste *Quistioni*. Riuniremo in prosieguo tutte le quistioni finora non trattate, per dare un pieno comento degli art. 485 a 497 *proc. penale*.

3. Similmente abbiamo discorse moltissime quistioni relative a' mezzi di non ammessibilità de' ricorsi, *fins de non recevoir* presso i francesi. Ne daremo qui il compimento.

4. In ultimo schiereremo ordinate in classi tutte le nullità che la legge prevede. Richiameremo alla sua classe ognuna di quelle di cui abbiamo trattato, e ne compiremo la disamina. — Poco ci occorrerà ragionare delle *ricuse* e dell'*azion civile* contro i giudici, altra specie di giudizii attribuita alla corte suprema: essi ci han fornito la materia de' nn. V ad XI, pag. 683.

5. Sempre però dee aversi presente, che nell'ordine sì saggiamente instituito nel nostro regno, le autorità giudiziarie sono attaccate tutte, come al punto da cui dipendono, alla *corte-suprema di giustizia*: ma più dalle nostre antiche leggi, che dalle straniere si dimostrano le attribuzioni di questo collegio e si svela l'oggetto della sua instituzione 2). Quest'oggetto è, *custodire i confini delle facoltà delle autorità giudiziarie*, I, *nello sviluppo*, II, *nell' applicazione*, III, *ne' modi di esecuzione delle leggi*. Ciò determina la linea che divide la *interpetrazione forense* dalla *legislativa*; e per conseguente segna i gradi della *forza motrice* delle *giurisdizioni*, e ne conserva il regolare andamento nel loro *campo di azione*. Il trattato della *corte-suprema* è la pietra fondamentale di tutto il sistema; e perciò di là debbono cominciare tutti i lavori dei giureconsulti in materia di dritto positivo; poichè il comento e le spiegazioni particolari di ogni legge provengono, come dal loro fonte, da questa regolatrice di ogni *giurisprudenza*, e tutte in essa ritornano. Ciò dà unità alla giurisprudenza, e la riporta incessantemente a' principii.

III.

Se inviata per annullamento una causa penale dal giudice territoriale ad un altro, la giurisdizione di questo si estenda anche agli autori ed a' complici che venissero in potere della giustizia dopo che il giudizio di rinvio è stato definito. — Art. 118 della l. org.

SOMMARIO

1) V. la d. nostra *Procedura penale* I, § 418 e segg. § 587 a 686.

2) V. il n. 1, pag. 1.

Sezione I.

Stato della quistione.

1. Signori 1) sin dalla prima instituzione della corte suprema surse quistione intorno alla forza ed all' estensione della formola che suole aggiungersi agli arresti di annullamento nell'interesse delle parti: *Rinvia la causa alla gran-corte di... Rinvia al tribunale di...* 2). La giurisdizione che si assume nel rinvio, si estingue ella tosto che il nuovo giudizio abbia avuto col giudicato il suo termine, o diverte sì fattamente dal suo giudice territoriale la causa, che anche coloro i quali non fecero parte del giudizio annullato, se debban essere giudicati posteriormente al giudizio di rinvio, non appartengono più al proprio giudice territoriale, ma debbano anch'essi sottostare al giudice di rinvio?

2. Per le cause civili non si è fatta mai quistione di ciò. Fino a tanto che il giudizio di rinvio è pendente, può in questo, se vi ha dritto, intervenire una parte non intervenuta nel giudizio annullato. Similmente il giudice di rinvio può conoscere di tutti gli accidenti della causa rinviata, ad onta che essi sieno diversi da quelli che occorsero nel primo giudizio, perciocchè si attengono da per se stessi alla giurisdizione del giudice del merito; e per conseguente se il merito della causa fu rinviata ad un giudice diverso dal territoriale, egli ch'è surrogato a questo, fa in questa causa e tra queste parti le veci di giudice territoriale, e decide di tutti gli incidenti. Ma il giudizio di rinvio ha avuto il termine con la definitiva condanna o assoluzione, non è sorto mai il pensiero ad alcuno di citare un suo nuovo avversario nella giurisdizione della gran-corte di rinvio, comecchè l'oggetto della causa sia lo stesso, lo stesso l'attore, la stessa la qualità di lui, ed i motivi gli stessi. Anzi o si consideri la giurisdizione di rinvio come una delegazione, siccome sempre si è espressa la corte suprema, o si consideri come una surrogazione a giudice già diventato sospetto, siccome ad altri più piace, cessato col giudicato l'oggetto della delegazione o surrogazione o sospezione, il giudice territoriale ripiglia tutta la sua antica giurisdizione; ed i capi della causa non decisi in grado di rinvio, e le persone che

1) Conclusioni pronunziate all'udienza della corte suprema nella causa di *Camillo Mele*, 22 luglio 1833, Celentano comm., Nicolini m. p., Dom. Torrusio avv. di *Mele*.

2) In qualunque caso la corte suprema annullerà una sentenza o decisione di un tribunale o di una gran-corte, sia in materia civile, sia in materia penale, dovrà inviare la cognizione delle cause ad un tribunale o ad una gran-corte di egual grado. Art. 118 l. org. nap. — Art. 127 l. org. sic. — V. n. I, § 26, pag. 1.

non furono giudicate nel giudizio di rinvio, vanno di dritto al loro giudice naturale originario e territoriale.

3. Nelle cause penali però essendo prevalsa qualche eccezione di più che nelle cause civili, ciò ha fatto credere ad alcuni, che l' eccezione abbia soverchiata la regola. Queste eccezioni sono tre. In primo luogo, per gli atti di esecuzione e per gli accidenti della causa, si son ritenute nei giudizii penali le stesse regole de' giudizii civili. In secondo luogo, ove nel corso del giudizio di rinvio si scoprissero nuovi reati non compresi nel primo giudizio, il nuovo giudice dee pur giudicarne. In terzo luogo, come ne' giudizii civili in grado di rinvio si ammette l'intervento in causa delle parti che non erano state intese nel giudizio annullato, così pure quando nel corso del giudizio penale in grado di rinvio si rendano presenti complici che non fecero parte del giudizio annullato, costoro sono anche sottomessi al nuovo giudice. Queste tre eccezioni però prevalgono solamente nel corso e nella pendenza del giudizio, non mai quando la giurisdizione, o che si chiami delegato, o che si chiami surrogata abbia avuto il suo termine. L'art. 67 della legge org. del 1808 fu scritto indistintamente per le cause civili e per le penali: Se (la corte suprema) *cassa la sentenza, rimetterà la causa per esser giudicata da un tribunale dello stesso grado di quello che l'ha profferita* 1). Nè disforme è stato poi l'art. 118 della l. org. del 1817: *In qualunque caso la corte suprema annullerà una sentenza o decisione, dovrà rinviare la cognizione delle cause ad un tribunale o ad una gran-corte di egual grado.* Ulpiano riprese il giureconsulto Pomponio, perchè costui in una formola indistinta del pretore trovava diversità tra l'azione penale e la civile 2). Che diremo se nella intelligenza di questa formola indistinta delle due ll. org. del 1808 e del 1817, altro si voglia concedere nelle cause civili, altro nelle penali? Ciò che la legge non distingue, non è dato a noi di distinguere 3).

4. Con tutto ciò, come la maggior difficoltà si faceva pei complici sopravvenuti in pendenza del giudizio di rinvio, o dopo di esso, così per evitare ogni controversia in oggetti di sì grave importanza, quali sono i giurisdizionali, un rescritto del 12 ottobre 1811 distinse la quistione e ne disvestì ogni dubbio. — « Nei « casi in cui in una causa criminale la « corte suprema delega il riesame ad una « altra corte, quando avviene che nella « causa vi sieno de' complici non ancora « giudicati, si è dubitato se questi debbano essere giudicati dalla corte ordinaria, o dalla delegata. A togliere sì « fatta incertezza, sul mio rapporto, S. « M. ha ordinato, che quando la corte « delegata dee procedere ad un nuovo « dibattimento, e vi sono de' complici a « dover essere giudicati, allora o questi « sono presenti, e per non farsi in una « stessa causa un doppio dibattimento, essi « debbon essere giudicati dalla corte delegata, oppure sono assenti, ed in tal caso, « perchè aspettando ch'essi cadano nelle « mani della giustizia non si sospenda il « corso al giudizio, debbono essere giudicati dalla corte ordinaria, anche quando « da assenti diventano presenti nel momento in cui chiamati dalla corte delegata i testimoni pel dibattimento, non « siasi più a tempo di disdirne le citazioni. « Quando poi la corte delegata non dee « far altro che pronunziare sulla sola applicazione della legge, allora i complici « debbon essere sempre giudicati dalla « corte ordinaria in qualunque de' casi.»

5. La regola dunque confermata da questo rescritto è che il giudice di rinvio non può conoscere che solamente della causa agitata tra coloro che furon presenti nel giudizio annullato, tranne l' eccezione ove fosse annullato anche il dibattimento, ed i complici sopraggiugnessero nel corso dei termini. L' art. 484 pr. pen. estende ora questa eccezione anche al caso quando il complice sopravvenga non solo prima dell'assegnazione de' testimoni, ma per tutto il corso della pubblica discussione: se non che in entrambi i casi ne rimette alla pru-

1) Nel 1808 tutti i collegi giudiziarii dicevansi *tribunali* e tutte le loro pronunziazioni, *sentenze*. Poscia le pronunziazioni delle gran-corti furon dette *decisioni*, e la denominazione di *sentenze* rimase a' tribunali appellabili.

2) L. 1 § 3, D. XI, 5, *De aleatoribus*.

3) L. 3, D 1, 18, *De off. praesidis*. E Paolo in questa legge ragiona appunto di giurisdizione.

denza della gran-corte l'accoglierla o rigettarla. Ed ognun vede esser questa eccezione figlia dell' altro principio della pr. penale che inculca il giudizio simultaneo tanto di tutti i rei del reato medesimo purchè costoro sieno presenti, quanto di tutti i reati addebitati a' rei presenti. Se il reo può dimandare che si soprassegga dal giudizio per sei mesi, onde attendere l'arrestamento (a) del complice 1), a più forte ragione, se il complice è arrestato prima che si compia il giudizio di rinvio, ei può sostenere di essere giudicato nel medesimo tempo e dallo stesso giudice del reo che ottenne il rinvio. Tutto è subordinato a due condizioni; a quella dell'art. 158, se *la prudenza non consigli altrimenti*, ed a quella dell' art. 159, *se le istruzioni sieno tutte in istato da potervisi pronunziare giudizio*.

6. Ma quando il giudizio di rinvio è finito, ed i complici sopravvengono dopo, allora la connessione tra i giudicabili ed i giudicati è sconnessa da se medesima e disciolta di fatto: ella era nel reato; ma è impossibile di più ritenerla in un giudizio unico e solo. *Necessitas constituit ius:* per lo che se la connessione è rotta di necessità, perchè il complice dev' essere di necessità giudicato in un diverso e separato giudizio, e se la giurisdizione, o ch'ella sia delegata, o che sia surrogata si scioglie quando *solvitur mandatum*, il giudice di rinvio manca di facoltà a giudicare costui. Al giudice di rinvio non può spettare altro che giudicare di qualche oggetto di esecuzione della condanna da lui profferita. Il che fu definito anche da Ulpiano quando disse che se si tratti p. e. di determinare le spese giudiziali (oggi a' termini del § 2 dell'art. 297 procedura pen.), o di restituire gli oggetti rubati (oggi a' termini dell' art. 47 delle ll. pen.), questi atti son compresi nella giurisdizione che si spiega nella causa; essi sono conseguenze ed accidenti della stessa; anzi ne sono gli atti ultimi terminativi, riuniti perciò dal giureconsulto nelle frase, *quod extremum in iurisdictione est* 2).

7. Quando dunque si è giunto a quest'ultima linea, quando si è fatto *quod extremum in iurisdictione est*, allora la giurisdizione è finita, ed il giudice non è più giudice. Per la qual cosa se dal dibattimento sia risultato un altro misfatto commesso in altra giurisdizione dallo stesso accusato, se un misfatto anche prima conosciuto non fosse stato compreso nel giudizio di rinvio, perchè non ne erano compiute ancora le istruzioni, se dopo il giudicato del giudice di rinvio vengano arrestati altri complici del reato allor allora giudicato, questi non sono accidenti della procedura, nè incidente di esecuzione della causa di rinvio, perchè ciò che è finito ed estinto non è più soggetto ad accidenti; e tutto rientra nella giurisdizione originaria.

8. Risorge oggi la quistione più viva che mai in questa causa di *Camillo Mele*.—Per omicidii e ferite avvenuti in Nola nel 1820 furono sottoposti ad accusa nella gran-corte criminale di Terra di lavoro *Giovanni Marietta* e *Vincenzo Capolongo*. La corte suprema con arresto del dì 11 dicembre 1822 annullò la decisione di sottoposizione all'accusa, e rinviò la causa alla gran-corte criminale di Napoli. Questa giudicò i rei sottoposti allora al giudizio. Vennero quindi arrestati altri: niuno attaccò la sua giurisdizione, ed ella li giudicò ugualmente.—Ai 21 gennaio 1833 in forza di mandato della indicata gran-corte di Terra di lavoro, spedito anteriormente all'annullamento del 1822, è stato rinchiuso in carcere pei reati medesimi *Camillo Mele*. Menato costui innanzi al procurator generale di Terra di lavoro, questo magistrato richiese gli atti alla gran-corte crimimale di Napoli. Ma la gran-corte di Napoli invece di rimetterli ha dichiarato la sua competenza; e quella di Terra di lavoro ha dichiarato la sua. Entrambe citano parecchi arresti che sembrano contraddittorii fra loro. La gran-corte di Napoli rafforza anche la giurisdizione col fatto di aver ella effettivamente giudicato altri complici in questa causa dopo aver esaurito il giudizio di rinvio.—Passiamo a rassegna questa opposta serie di ragionamenti.

(a) *La detta prescrizione non vedesi riprodotta nel novello codice di procedura penale.*

1) Art. 481 e segg. proc. pen.

2) L, un. D. I, 3, *Si quis ius dicendi non obtemperaverit.*

Sezione II.

Merito della contesa. — Cose similmente giudicate.

9. In ordine a' tre vostri arresti degli anni a noi più prossimi, contraddicenti a giurisprudenza più antica, è da osservare in prima, cho *non exemplis sed legibus iudicandum est* 1). *Consuetudinis usus-que longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* 2). Se non che la giurisprudenza antica ch'or noi sosteniamo, ha in appoggio un rescritto (§ 4): con esso vennero spiegati i principii, i motivi, ed il vero spirito dell'art. 67 della l. org. del 1808 3). So bene che l'art. 2 della l. del 31 maggio 1819 abolisce tutte le disposizioni legislative pubblicate, sì durante il periodo della occupaziono militare, e sì dopo il felice ritorno di S. M. Ferdinando I di gloriosa memoria, sino alla pubblicazione del nuovo codice, per tutte le materie che formano oggetto di questo. Ma niuno dirà che conservata fra le nuove leggi una disposizione legislativa pari ad una ch'esisteva nelle leggi abolite, ella oggi si debba intendere diversamente da ciò che prima sotto l' impero di quelle già venne spiegato. Anzi appunto perchè il legislatore ha conservata la stessa disposizione legislativa senza nulla cangiarvi nel modo di spiegarne i principii e lo spirito, è evidente che l'ha intesa come allora s'intese. *Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent quae quandoque similes erunt* 4). Se dunque l'art. 118 della nuova l. org. è pari all'art. 67 dell'antica, esso non può diversamente spiegarsi da quello che stanziò il rescritto.

10. Che se poscia noi vogliamo guardar da vicino la quistione, e guardarla appunto come la prima volta qui sorse, l'art. 118 della l. org. dice: *dovrà inviare la cognizione delle cause* (§ 3). Che s'intende oggi per *cognizione delle cause?* Non altro che delle cause le quali formarono il soggetto dell'accusa contro i rei presenti in giudizio. Perciocchè ne' giudizii, benchè l'attore possa essere lo stesso e la medesima l'accusa, pure quando la persona del reo si cangia, la causa è diversa, *et personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit* 5). Tutto ciò dunque ch' è intervenuto nell'interesse degli altri, constituisce un'altra causa, *et ideo non prohiberi causam tuam agere sine praeiudicio rerum iudicatarum* 6). *Causa* e *res* sono spesso sinonimi in dritto, e dinotano secondo Varrone, *quod in iudicium deductum est*. Or nelle cause penali non si giudica mai del reato in generale, ma il ministero pubblico *cum singulis reis suo nomine agit*, e la quistione non è altra che se il tale o il tal altro abbia commesso il tale reato. Quindi inviata ad un giudice contra il tale una causa, ed esaurita questa in grado di rinvio, se poscia vien carcerato un complice, questa è un' altra causa che non può essere compresa nella cognizione della causa rinviata. Altra allora esser dee l'accusa, altra può esser la materia, altro il giudizio di sottoposizione all'accusa, altra la difesa, altra la decisione definitiva, ed altra pure la competenza del giudice.

11. Di fatti che si farà se nella prima causa la competenza speciale non sia stata avvertita e siasi agito col rito ordinario? Nella seconda causa tal competenza può ben esser diversamente spiegata, anzi può questo complice essere reo di misfatti più gravi di competenza di altro giudice il quale tiri a sè la cognizione di quella causa di complicità; può in fine essere stata la causa scissa dalla stessa corte suprema in un giudizio di competenza speciale, attribuendo quella di alcuni complici al giudice ordinario, e quella di altri allo speciale. La regola sovrana è dettata da Paolo: *singulis controversiis, singulas actiones, unumque rei iudicatae finem sufficere, probabili ratione placuit* 7). Le parole dunque *cognizione delle cause* delle quali

1) L. 13, C. VII, 45, *De sententiis et interlocutionibus*.

2) L. 2, C. VIII, 53, *Quae sit longa consuetudo*.

3) La forza legislativa de' rescritti è indicata negli art. 3 e 4, n. 4 e 7 della l. del 24 marzo 1817.

4) L. 27, D. *De legibus*.

5) L. 22 D. XLIV, 2, *De except. rei iudicatae*.

6) L. 1, C. VII, 36, *Quibus res iudicata non nocet*.

7) L. 6, D. XLIV, 2, *De except. rei iudicatae*.

fa uso la l. organica (§ 3), non disegnano che quello particolari controversie che col ricorso vennero sottoposte alla corte suprema : *cum quibus singulis agitur*, *singulae controversiae;* ed a queste sole *placuit unum rei iudicatae finem sufficere*. Venuto un altro reo , *aliam atque aliam rem facit*, e non entra nel giudizio di rinvio, se non per qualche caso di eccezione , come sarebbe quello dell'art. 484 proc. pen., quando però il giudizio di rinvio non fosse stato per anco esaurito , e quando le instruzioni per lui si trovassero compiute (§ 3 e 7).

12. Altrimenti la corte suprema non giudicherebbe dalla causa singolaro che le si presenta , ma di cause ancora che non formano il soggetto della sentenza o decisione impugnata. Giudicherebbe dunque per disposizione generale. Ma la corte suprema è un corpo giudiziario, non legislativo, ed entra necessariamente nella disposizione di dritto pubblico , sancita dall' art. 197. della l. organica , che dichiara eccesso *di potere* il giudicare per via di disposizioni generali. Il solo Principe , per motivo di sicurezza pubblica , con un'atto legislativo può fare altrimenti.

13. Giudicherebbesi pure di cose non dimandate ; perciocchè un ricorrente dimanda l'annullamento della tal decisione, nella tale particolar causa, e per ciò, nè s'incarica, nè può incaricarsi de' rei non presenti. Ciò è confermato dalle ll. 12 , 13 e 14 *de except. rei iudicatae*, e dell'art. 1305 delle ll. civ. Un collegio giudiziario con i suoi giudicati non fa stato che per la causa ch' esamina. Quando l' azione si cangia , quando si cangiano le persone , anzi quando essendo le stesse persone se ne cangiano le qualità, il primo giudicato non è più applicabile. L'arresto dunque della corte suprema che pronunzia il rinvio, non ha più vigore, quando la causa rinviata ebbe termine col giudicato ; e le cause che possono nascere per altre persone in appresso, benchè dal processo medesimo, ritornano al giudice ordinario e naturale

14. La ragione della legge è nella importanza appunto della giurisdizione territoriale nelle cause penali. Dice l'articolo 495 pr. pen : *Ne' conflitti di giurisdizione si avrà principalmente in mira la competenza territoriale. Ogni imputato è soggetto alla giurisdizione del giudice , nel cui territorio commette il reato, salve le eccezioni espresse dalla legge*. Noi siamo in un conflitto di giurisdizione. Dobbiamo dunque per regola avere in mira la competenza territoriale salve le eccezioni espresse dalla legge. La eccezione che qui farsi prevalere, sarebbe dell'art. 484. L'ipotesi di quest' art. è così conceputa: *Se nel corso de' termini dopo il giudizio di sottoposizione all' accusa , o in tempo della pubblica discussione sopravvenga in potere della giustizia il reo principale, o un complice contro il quale è già instruito il processo*. Ognun vede che la prima parte di questa ipotesi è uniforme perfettamente alla ipotesi del rescritto (§ 4) , cioè se il reo principale o il complice sopravvenga in giudizio prima che la nuova pubblica discussione venga appuntata: vi si aggiunge solo, a differenza del rescritto, o se *sopravvenga nel corso della pubblica discussione*.

15. Or cotesto *Camillo Mele* non è sopravvenuto prima della pubblica discussione, e nemmeno è sopravvenuto nel corso di essa, ma dopo che il giudizio di rinvio è stato non pur spedito , ma da più anni eseguito. Dunque il caso di cui trattiamo non entra nella ipotesi del rescritto, dell' art. 484. Qui si tratta di una eccezione alla regola dell' art. 495: ella non può essere estesa mai dal caso espresso al non espresso. L' art. 495 dice testualmente che le sole eccezioni espresse fan deviare dalla sua regola. Or la eccezione che si vuol far prevalere in forza dell'articolo 484 non è espressa in esso , anzi vi è espresso il contrario. Esso parla della sopravvegnenza dei complici *prima* del giudicato; e *prima* e *dopo* non sono certo sinonimi : nulla di più contraddittorio , quanto le idee rappresentate da questi due termini. La interpetrazione può qualche volta trar la legge a casi simili, non mai a contrarii. Nè qui può sorger pretesto di oscurità o ambiguità nelle parole: perciocchè chi parla espressamente della forza ed estensione della giurisdizione ne' giudizii tuttora in vita e pendenti , non può sospettarsi di essere inteso da alcuno per quei giudizii che nascono dopo i giudizii assoluti, quando la giurisdizione per questi è estinta ; egualmente che chi parla espressamente di funzioni dell' uomo nel

corso della vita, non può temere di lasciare ambiguo nè oscuro, ch'egli immagini anche funzioni vitali molti anni dopo la morte.

16. Ma proseguiamo la lettura dell'articolo 484: Verificata quella ipotesi, *basterà la sola maggioranza di voti per ricominciare il giudizio dall'atto di accusa, ancorchè la gran-corte giudichi per rinvio fatto dalla corte suprema.* Il dire, *basterà la sola maggioranza di voti*, mostra che la gran-corte o che sia competente originariamente per ragion di territorio, o che lo sia per ragion di rinvio, può sempre giudicare che il complice sopravvenuto non faccia parte del giudizio medesimo. L'art. dunque da un lato aggiunge un altro caso al rescritto, e quest'altro caso, è quello della sopravvegnenza del complice nel corso della pubblica discussione (§ 5) e dall'altro dice, che quello che nell' unico caso del rescritto era necessario, diventa facoltativo e volontario in entrambi i casi dell' art. 484.

17. E ciò evidentemente dimostra che l'art. 484, lungi dal far supporre che per non scindere il giudizio il giudice di rinvio debba giudicare i rei sopravvenuti dopo che il giudizio di rinvio è stato esaurito, dice espressamente che in qualunque caso essi sopraggiungano prima della decisione, il giudice di rinvio può giudicarli, e può non giudicarli, secondo che la prudenza consiglia. Ed è da osservare che la legge è tanto sollecita della competenza territoriale originaria, che per dar giurisdizione nel caso dell'art. 484 al giudice di rinvio, richiede imperiosamente la unanimità, o almeno la maggioranza del collegio. Se dunque la controversia venisse a sorgere nel corso della pubblica discussione quando il numero de'giudici è pari, la parità si risolve per la competenza territoriale, o sia per la regola dell'art. 495 (§ 14), non per l'eccezione dell'art. 484.

18. All' incontro ridotta la quistione a considerare nell'art. 495 la regola, o nell'art. 484 l'eccezione, conviene riportarci al principio generale, che ogni eccezione d' una regola non è fatta dalla legge che per motivi di necessità, o di convenienza. Quindi niuna eccezione può ricevere interpetrazione estensiva: *Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias: quae propter necessitatem recepta sunt, non debent, in argumentum trahi* 1).

19. Si aggiunge che la suprema corte è un tribunale di rigore; il ricorso è un rimedio eccezionale e straordinario; e l'annullamento ch'ella pronunzia dee desiderarsi come un grande avvenimento nell'ordine giudiziale, non solo perchè è una censura di corti inappellabili, ma perchè appunto fa verificare una delle eccezioni figlie della necessità contro la competenza territoriale. La competenza territoriale venne principalmente dettata dal bisognò del pubblico esempio, il quale nei giudizii penali riesce freddo e indifferente in una provincia lontana; fu dettata pure dal bisogno della prontezza delle pruove le quali diventano non pur difficili a trovarsi, ma spesso impossibili a raccogliersi in paesi remoti; fu dettata in fine dal comodo, non solamente delle parti, come ne' giudizii civili, ma di tutti coloro che senza lor colpa o volontà debbon essere chiamati innanzi al giudice istruttore, o in pubblica discussione. L'arresto dunque di rinvio esser debbe eseguito il meno estensivamente, il più strettamente che si può, per non render vano il gran fine de' giudizii penali, per non disperdere le pruove, per non obbligare tanti testimoni ad andare due o tre volte da provincia in provincia, anche dopo che la causa annullata è stata definita quando cioè la necessità della eccezione più non esiste.

20. Nè debbono omettersi i riguardi del real tesoro. Le spese di una causa nella propria provincia per lo più sono lievi. Trasportata questa in un'altra provincia, e quindi per altro annullamento in un'altra, le spese si fan sempre più gravi. Ma fino a tanto che ciò nasca dalla legge espressa, non vi è che fare. Vi aggiungeremo per interpetrazione anche le cause de' complici che non fecero parte del giudizio annellato? Il che diventa incomportabile nelle cause correzionali e di polizia, perchè l'oggetto di esse è più lieve, nè vale il prezzo di dispendii sì enormi.

21. E giova ripetere ciò che dicemmo

1) L. 41, e 162, *De reg. iuris.*

sul principio per le cause civili (§ 2). Vi è forse differenza in ciò fra i giudizii civili e penali (§ 3)?

22. Anzi se vi è qualche differenza, questa è in appoggio del principio che sosteniamo. Già poc' anzi abbiamo osservato l'importanza che nasce per la competenza territoriale dall'esempio pubblico, dalle spese del real tesoro, da' riguardi alla traslocazione de' testimoni da provincia in provincia (§ 19), mentre nelle cause civili tutto l'interesse è privato, tutto è a spese dei litiganti, tutto per lo più si pruova con carte e con titoli, e non con testimoni. La competenza territoriale nei giudizii civili è per solo comodo de' litiganti; ne' penali è per comodo di tutti, e per interesse generale della giustizia. Oltre a ciò tra i giudizii civili ve ne ha molti che feriscono i terzi, o non possono essere dileguati che con opposizione di terzo. Ne' penali, ove non si riconosce opposizione di questo genere, non ve ne ha pur un esempio. Nel primo giudizio ha potuto ben essere il tale dichiarato colpevole di omicidio volontario; e nel secondo può essere dichiarato il complice autore di un fatto innocuo, cioè di un omicidio casuale o a difesa. Che dico io? Nella seconda causa può essere trovato vivo e sano l'uomo che si disse ucciso nell'altra; argomento non ultimo delle umane contraddizioni e della fralezza della nostra povera mente, del che parlò sì elegantemente il gran d'Aguesseau, ed il codice d' istruzione di Francia ne forma un caso espresso, e l'articolo 611 delle nostre ll. di pr. penale lo accenna 1).

23. Nè vale che nella prima causa si parli anche di un complice assente. Ciò può avvenire e può non avvenire. Ma quando avvenga, costui non è accusato; vi si parla di lui incidentemente; è *res inter alios gesta*; e tosto ch'egli viene in giudizio dee farsi contro di lui l' accusa *ex integro*, e la sua venuta *aliam atque aliam rem facit* (§ 10). Il dire che non solo la esecuzione del primo, ma un intero secondo giudizio per altri sia un accessorio, un incidente, una dipendenza del primo giudizio quando questo è finito, è una proposizione tanto vera, quanto sarebbe il dire che gli atti finiti hanno ancora qualche cosa di quistionabile e pendente, o sia, che sono finiti e non finiti nel medesimo tempo.

Sezione III.

Ragioni di convenienza.

24. Nè mi fan cangiare di avviso i motivi di convenienza che si van susurrando. Alcuni temono contrarietà di giudicati quando si scinda il giudizio, e più quando si scinda fra due diversi giudici. Ed è perciò (essi dicono), che se i complici vengono arrestati prima che si cominci il dibattimento, l'art. 480 pr. pen. prescrive nelle cause di rinvio ch'essi sieno giudicati nello stesso giudizio; ed è per ciò che l' art. 160 vuole che non solo i complici d' un reato, ma gl' imputati dei reati connessi sieno sottoposti ad un' accusa medesima; ed è per ciò che gli art. 481 e 482 danno dritto al reo presente di dimandare la sospensione del giudizio per sei mesi, o per quanto più presto il complice assente può diventar presente. Ma questi art. (io rispondo) non sono applicabili al caso di cui ci occupiamo; perchè il giudizio in rinvio de' complici di *Mele* è finito. Ed altronde tutti questi articoli non portano a necessità di dritto, essendo subordinati alla condizione dell'art. 160: *Se le instruzioni contra ciascuno di essi si trovano in istato da potervisi pronunziar giudizio* (§ 5). Ove ciò non sia, il giudizio de' coimputati si scinde di dritto, ancorchè sieno tutti presenti. Non altrimenti si fa nell'intervenimento di terzo in un giudizio civile di rinvio. Se la legge ne' casi sopra enunciati (§ 3) ama la simultaneità del giudizio, l'ama quand'ella non solo è possibile, ma quando la causa sia pronta, o richiegga un breve ritardo. Ove il giudizio per alcuni sia finito, è già impossibile il giudicar altri simultaneamente; ed ove l'attender tutti noccia alla celerità della giustizia, ella non s'imbarazza dell'inconveniente umano e comune d'un cangiamento di avviso.

25. Imperocchè nemmeno cessa il ti-

1) Vi sarà luogo a revisione ne' giudizii criminali, quando esistono due giudicati irrevocabili e contraddittorii in modo che ammettendo la giustizia della condanna per l' uno, dee per necessità trovarsi ingiusta per l'altro.

more di sì fatto cangiamento, quando il giudice di rinvio continui la sua giurisdizione: ei può contraddire a se stesso, come il territoriale il può a sè ed a lui. Per fermo il giudicato del giudice di rinvio, non fa stato nel giudizio seguente; tal che se il mandante p. e. è giudicato in separato giudizio dopo di quello del mandatario, il giudice non è legato in alcun modo dalla definizione del reato fatta pel mandatario medesimo, nè dalla pena a costui applicata, ma il reo non ancor giudicato ha intera la sua difesa e può distruggere l'idea del mandato, e la gran-corte, se ciò è dimostrato, dee far dritto alla sua dimanda. In secondo luogo dopo che il giudizio di rinvio è finito, quando i complici vengono arrestati, per lo più i giudici della gran-corte di rinvio si trovan diversi. E che? giudicano forse le mura, giudica il nome astratto di una gran-corte criminale? I giudici che fra le mura della corte di Napoli giudicarono *Majella e Capolongo* nel 1822 (§ 8), son forse oggi gli stessi, ove alla stessa corte si rimetta *Mele?* E ancor che fossero i medesimi, cento volte avete rilevate le contraddizioni dei medesimi giudici, e nella causa medesima, non che nella circostanza di due cause fatte nella stessa gran corte innanzi a giudici diversi. Se si vuole cambiar di giurisdizione, o prorogarla sol per timore di qualche contraddizione, dovrebbero ricercarsi i magistrati fra ben altri esseri che gli uomini. Niun di noi sia più sollecito del legislatore. Egli provvede ampiamente a tutte le contraddizioni in materia civile e penale: nelle civili con l'art. 122 della l. org. e con gli art. 568. 587, 595, 596, proc. civ., e nelle penali col medesimo art. 222 e con l'art. 611 pr. pen.

26. Molto meno fa ostacolo nella causa attuale l'essersi dietro il vostro arresto di rinvio del 1822 giudicati in Napoli altri complici de' primi rei, benchè il giudizio de' primi rei fosse stato già definito (§ 8). Questo è un fatto, e non un dritto. Non vi ha tirone del fòro, il quale non sappia, e voi con mille arresti lo avete riconosciuto, che la incompetenza per ragion di territorio non opposta a tempo, opera la prorogazione della giurisdizione. Quindi il real rescritto del dì 8 ottobre 1831 dichiarò che per sì fatte incompetenze l'annullamento di una decisione, contro di cui non sia ammessibile il ricorso delle parti, non possa pronunziarsi nell'interesse delle parti, ma solamente nell'interesse della legge 1). La decisione profferita dalla gran-corte di Napoli dopo il giudizio di rinvio, sta per fatto, perchè accettata; sta per dritto, perchè pronunziata per effetto di giurisdizione prorogata. E se anche oggi per *Mele* vi fosse stato acchetamento del ministero pubblico presso la gran-corte di Terra di lavoro, e delle parti private, poteva la decisione di Napoli annullarsi nell'interesse della legge, non in quello delle parti 2). Il qual principio della prorogazione della giurisdizione è un principio antico quanto Paolo: *Extra territorium ius dicenti impune non paretur: tamen inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur* 3). La sola incompetenza per ragion di materia può opporsi in ogni stato di causa 4).

27. Ma quel che pone il suggello al nostro ragionamento e che raccoglie in una tutte le idee da noi finora presentate, è l'argomento che deriva dalla formola stessa de' vostri arresti: *annulla e rinvia*. La prima parte, *annulla*, è sempre nell'interesse della legge, e benchè possa esserlo anche nell'interesse delle parti, pure non toglie nè attribuisce per sè sola alcuna giurisdizione. La seconda, *rinvia*, è principalmente nell'interesse delle parti: il rinvio ed il nuovo giudizio che ne nasce, non è necessario, che per chi lo dimanda. Tal che se si pronunzia un annullamento nell'interesse della legge, ad onta che la corte suprema riconosca l'errore del giudice del merito, la costui decisione sempre si esegue. Può, è vero, il condannato in quel primo giudizio, profittare dell'annullamento nell'interesse della

1) È riportato al n. XL a pag. 474 di queste *Quistioni*.

2) V. nella nostra *Pr. pen.* I, 477, 483, 484, 485. — V. a pag. 1 di queste *Quistioni* il n. 1, § 29, 30, 31.

3) Così Noodt e Cuiacio congiungono la l. ult. D. *De iurisdict.*, e la l. 28 *Ad municipalem*, le quali sono dello stesso Paolo, e tolte dal medesimo suo lib. primo *Ad edictum*.

4) Art. 157, 485 e 486 pr. pen. — V. nella nostra *Proc. penale*, I, 568, 569, 572, 574, 575, 577, 605. — III, 17, 177, 433, 456, 579, 587, 608, 664, 763, 1199.

legge, e rivolgerlo al suo interesse 1); ma questa facoltà è rimasta in suo arbitrio; ed ove egli con sua particolar dimanda non la spieghi, il giudice territoriale rimane e pel proseguimento del primo giudizio e per gli altri: tanto è vero che il rinvio non riguarda che la sola parte che lo dimanda, e la giurisdizione di rinvio non è essenziale alla pronunziazione dell' annullamento o sia alla ricognizione che la corte suprema fa dell' errore del giudice: ella è ristretta alle sole parti presenti nel giudizio annullato. Potrebbe un complice che non fu presente in quel giudizio annullato nell'interesse della legge, e di cui il reo presente è contento, venir qui e dimandarci egli il rinvio? Il giudice non è tale per volontà delle parti, ma per disposizione della legge.

28. Il che è chiaro anche per gli esempii dei quali ci forniscono gli art. 123 e 128 della stessa l. org. L'art. 123, dilucidato dal real rescritto del 26 giugno 1818, dice espressamente, che se la corte suprema annulli nell'interesse della legge una decisione o sentenza a motivo di condanna criminale per un fatto non qualificato reato, ed il reo non ne profitti, la giurisdizione non se ne cangia giammai, e per conseguente il complice che poscia sopravviene, dee sempre venir giudicato dal giudice medesimo. L'art. 128 dice, che se l' annullamento nell' interesse della legge vien pronunziato perchè la pena doveva essere maggiore (del che certamente niun reo profitterebbe) il giudice che ha com messo l'errore, benchè avvertitone dalla corte suprema, continua a procedere nella causa a carico del complice. Preso io forse troppo dell'antica significazione delle voci, amo poco la voce *delegazione* del re scritto (§ 4), benchè la restrizione del mandato ne risulti più chiara; nè credo che il giudizio di annullamento sia un giudizio di sospezione. Ma sia pur tale, non può esser dubbio che la surrogazione per effetto di sospezione non va mai al di là delle parti fra le quali essa è stata pronunziata. Tolto di mezzo il giudice o il tribunale ricusato nella causa fra quelle parti che lo allegarono a sospetto, se finita questa causa, vengano altre parti in giudizio, il giudice rientra nella sua primitiva giurisdizione. E così se per rinvio dietro annullamento del primo giudizio, un altro giudice è surrogato al giudice territoriale, egli è il vero giudice territoriale in quella causa, cioè tra quelle parti presenti in quel giudizio: ma finito quel giudizio, ritorna l'affare al primo giudice originario, al vero giudice territoriale.

29. E per l'art. 131 della l. org. si fa più sensibile l'assurdo dell' opposta sentenza: *Vi sarà luogo ad interpetrazione di legge, allorchè la corte suprema annullerà due decisioni* o *sentenze in ultima istanza pronunziate sul medesimo affare tra le parti medesime e che sieno state impugnate co'medesimi motivi.* Dunque il rinvio non può riguardare che le sole persone le quali furon parti nel giudizio annullato; perchè in ogni rinvio può ben verificarsi il caso dell'art. 131, che dà luogo al riesame della causa a camere riunite; unico mezzo per cui le contraddizioni e gli errori delle giurisdizioni e della interpetrazion forense delle leggi possono essere esaminati dal Re, *cui soli concessum est leges et condere et interpretari* 2).

30. Da tutto ciò risulta evidente che sempre, e più particolarmente ne'giudizii penali, *personarum mutatio aliam atque aliam rem facit;* e che la causa rinviata non è che quella che si esprime nel ricorso, e tra quelle sole parti. — Per lo che io dimando in nome della legge che nella causa di *Mele* si risolva il conflitto per lo giudice territoriale ordinario, o sia per la gran-corte criminale di Terra di lavoro 3).

—

1) Art. 337 pr. pen.

2) L. ult. C. I, 14 *De legibus et const. pr.* — L. 3, § 21, C. I, 17, *De veteri iure enucleando*. V. la nostra *Proc. pen.* I, 43:, 442, III,217—V. a pag. 1 di queste *Quistioni* il num. I, § 31 e segg. ed il n. II.

3) La corte suprema a maggioranza di suffragi andò ad un avviso opposto. Annullò la decisione della gran-corte criminale di Terra di lavoro, e risolvendo il conflitto in linea di regolamento di giudice, ordinò che anche per *Camillo Mele* procedesse la gran-corte criminale di Napoli. In cause simili il ministero pubblico sostenne anche poi l'antica giurisprudenza nata dal rescritto del 1811, ed all'uopo presentò le sue *osservazioni* avverso l'arresto pronunziato nella causa *Mele*. Ma la nuova giurisprudenza prevalse, e fu sancita con un reale rescritto del 29 ottobre 1834. Questo apporta una

IV.

OSSERVAZIONI

Sull' arresto della corte suprema del dì 22 luglio 1833 nella causa di C. Mele.

1. Questo arresto poggia sopra *sette motivi*. — Il *primo motivo* si spazia tutto a definire cosa sia *continenza* e *indivisibilità della causa*. Vi si assume che per *causa* s'intende il giudizio sul medesimo fatto in generale, senza guardare le parti, le quali giudicate, altre prima, altre dopo, abbiano potuto essere assolute o condannate in diversi tempi, e con diversi giudicati. Definita così la voce *causa*, si passa a dirla *una* ed *indivisibile* fino a tanto che niuna delle parti rimanga più ad essere giudicata; tal che la causa fino a questo termine, benchè in diverse volte definita e ripigliata per diversi rei, è tutta e sempre di una sola e continuata *continenza*.

2. Ma ciò non può esser vero nel suo principio; nol può essere nell'applicazione del principio alla causa. — Non può esser vero nel principio, perchè spesso cangiate le parti, si cangia anche il dritto ed il fatto nel giudizio, avendo ciascuna di esse la sua propria difesa. Anzi ancorchè i fatti rimangano gli stessi, sempre *personarum mutatio aliam atque aliam rem facit* (Concl. prec. § 10). Il fatto stesso può ben esser vincolo di connessione fra diverse parti; e perciò se esse son tutte presenti, e se la instruzione per ciascuna di esse è compiuta, tutte debbon essere giudicate nel giudizio medesimo. Ma se il giudizio tra alcune parti è compiuto, e le altre parti sono rimaste fuori e non giudicate, niuna connessione è più tra quelle e queste. Queste fanno tanta unità, tanta connessione col giudizio già terminato, quanta con un edifizio le colonne ed i materiali raccolti ne farebbero, allor che l'edifizio si fosse innalzato senz'essi. Ben potevano esservi connessi, ma non lo sono stati; e compiuto l'edifizio, possono servire ad un altro, ma non più a quello, che ne rimane irrevocabilmente staccato.

3. Non è vero nell'applicazione, perchè strano è il dire uno ed indivisibile, ciò che in due o più è stato effettivamente diviso. Di fatti si fanno di necessità due o più giudizii, e non uno, quando i rei non sono tutti presenti nel primo giudizio (Conclus. preced. (§ 25).

4. Ed ancorchè sieno tutti presenti, niuna legge impone la necessità di giudicarli simultaneamente. Di due correi presenti, l'uno può essere giudicato prima, e l'altro dopo, quando le instruzioni per quest'ultimo non sieno compiute. L' uno anzi può essere giudicato dalla gran-corte ordinaria, e l'altro dalla speciale, se costui sia anche reo di reato speciale. L'uno può essere giudicato in una provincia, e l'altro in un'altra, se l'altro abbia commesso in questa un reato maggiore. Il che mostra che in una giurisdizione tutta personale, qual'è la penale, sotto l'aspetto di *continenza nella causa*, si esige piuttosto che un reo sia simultaneamente e dallo stesso giudice giudicato di tutti i suoi reati, anzi che tutti i rei del medesimo fatto sieno giudicati dal medesimo giudice. *Si dee* far quello, e ciò ha pure le sue eccezioni: *si può* fare anche questo, ma sempre che si possa.

5. Di fatti *Mele* vien giudicato dieci e più anni dopo de' suoi correi. Dunque la continenza della causa, o per meglio dire la connessità della sua causa con quella dei correi, è scissa per lui. Se egli fosse reo di un altro misfatto speciale commesso in Aquila, o in Reggio, non lo giudicherebbe certo la gran-corte di Napoli, ove fu rinviata in rito ordinario la causa de' suoi correi nel primo reato, ma lo giudicherebbe Aquila, o Reggio, e così pel

correzione necessaria al § 1367 della *terza parte* della nostra *Procedura penale*. Crediamo pregio dell'opera il pubblicare quelle nostre *osservazioni*, non meno che il rescritto reale che pose fine alla controversia.

primo, come pel secondo. E se lo giudica Napoli, i giudici del 1833, non sono certamente quelli del 1822 (Concl. preced. § 24).

6. Il *secondo motivo* della corte suprema è diviso in due parti; principii, ed esempii. Ma in luogo di principii la maggioranza della corte suprema asserisce come provato il suo assunto, cioè che per *causa identica* s'intende tutto ciò che si deduce o può dedursi in giudizio sul fatto, benchè in tempi diversi, benchè cangiate le circostanze, benchè cangiate le persone dei rei; e così ella ne deriva dover esser il giudice sempre il medesimo.

7. Ma questo per l'appunto è quello di che si disputa. È dunque una petizione di principio. Tanto è falsa questa definizione, che la causa di un reo può esser decisa dal suo giudice territoriale, ed esser rigettato il ricorso, mentre la causa del correo può essere decisa da un altro giudice, sia perchè egli è accusato di reato più grave in altro territorio, sia perchè il suo primo giudizio è stato annullato e rimesso ad altro giudice. S'immagini che dopo di essere compiuto in due diverse gran-corti il giudizio di que' primi due, venga carcerato un terzo: io dimando: il giudizio di quest'ultimo sarà forse in continenza e farà unità indivisibile nella prima corte, o nella seconda? L'unità e l'indivisibilità sono attributi del solo ESSERE SUPREMO, e non delle cose miserabili di quaggiù. Prendere la nostra quistione da questo principio, è lo stesso che renderla inestricabile, e forse non degna della gravità de' giudizii. La continenza della causa è nel medesimo fatto e tra le stesse parti. Tra parti diverse può esservi qualche relazione, non unità e continenza; e ripetiamo che la connessione giurisdizionale è *quid facti*, la quale non vi è più quando i due giudizii, anche innanzi al giudice medesimo, sono stati di fatto disgiunti.

8. Di esempii poi in cause penali ed in cause civili la corte suprema non ne cita alcuno in particolare. Sarebbero forse quelli che si citano in uno scritto stampato contro il parere della consulta del pubblico ministero in questa causa? Ma allora si dice male, che dalla pubblicazione della nuova l. org., cioè dal 1817 in poi, si adottò sempre la teoria stabilita nell'ultimo arresto. Questi esempli cominciano dal 1829, e non dal 1817, e sono tre soli (Concl. prec. § 9). Dal 1809 al 1829 si seguì una giurisprudenza opposta, sempre conforme al rescritto del dì 12 ottobre 1811. Nel supplimento alla collezione delle leggi al n. 42 è riportato un arresto sinodale che definisce la controversia 1). Nè per 20 anni si è rivocata mai in dubbio la massima quivi stabilita. Anzi nella causa di *Martino* e *de Sio* decisa in corte suprema nel dì 19 ottobre 1832, per un conflitto giurisdizionale anche tra Napoli e Terra di lavoro, la stessa corte suprema all'unanimità, e sulle conclusioni uniformi del pubblico ministero, ha ritenuta la teoria delle tre decisioni per tutti i reati dello stesso reo non ancor giudicato, ma per gli altri correi caduti in mano della giustizia dopo il giudizio definitivo di questo reo, è ritornata all'antica giurisprudenza 2). Per lo che in questa causa di *Mele* la gran corte di Terra di lavoro cita appunto questo arresto ultimo della corte suprema per fissare la sua competenza.

9. Quest'arresto del 1832, come i tre opposti ad esso del 1829, 1830 e 1831, furono rimessi co' lor processi relativi, secondo è il nostro stile, al ministero di grazia e giustizia. È singolare però che la maggioranza della corte suprema, immemore di quello del 32, il quale è l'ultimo

1) La decisione è del 19 febbraio 1814. « Atteso che cassata una decisione di corte criminale « e rinviata la causa ad altra corte, questa non « diviene competente che per la quistione la quale « formò il soggetto della prima decisione. — Atteso che colla circolare del 12 ottobre 1811 so- « vranamente approvata (Concl. preced. § 4.) fu « ordinato che rescisso il giudizio di una corte « criminale, e rinviatone ad altra il riesame, lad- « dove vi fossero rei presenti, dovessero costoro « esser giudicati dalla corte criminale delegata; « laddove poi vi fossero correi assenti, dovessero « esser giudicati dalla corte criminale ordinaria, « anche quando da assenti diventassero presenti « nel momento in cui chiamati dalla corte dele- « gata i testimoni pel dibattimento, non siasi più « in tempo di disporne le citazioni. » — E dietro questi consideramenti la corte suprema decise che il giudizio del complice, carcerato dopo il giudizio di rinvio, fosse giudicato dal suo giudice territoriale. Causa di *Pietro Moretta*, FARINA comm., NICOLINI m. p.

2) Daremo al n. V le conclusioni in questa causa.

per ordine di data, crede che perchè gli altri tre erano rimasti senza risposta ministeriale, questo silenzio equivalga ad approvazione. L' argomento potrebbe ritorcersi, presumendo l'approvazione dell'ultimo, che appunto perchè è l'ultimo, dovrebbe far stato, tanto più che i consiglieri che han votato nella causa di *Mele*, sono gli stessi che votarono nove mesi innanzi nella causa di *Martino* e *de Sio*. Ma questa presunzione non ha alcun appoggio legale: l'invio degli arresti della corte suprema al ministero di grazia e giustizia si fa principalmente, perchè non vi è comunicazione tra la corte suprema ed i tribunali inferiori, se non che per questo mezzo 1). Se se ne vuol trarre argomento, la preferenza è sempre per l'ultimo del 19 ottobre 1832, uniforme alla giurisprudenza di venti anni fin al 1829, e non pei tre arresti intermedii 2).

10. Mal poi si parla di giurisprudenza nelle cause civili. Si è scritto e stampato contro il parere della consulta, che uno degli stessi avvocati generali il quale in questa causa di *Mele* aveva opinato per la giurisdizione originaria e territoriale, avesse opinato prima, nella causa civile di *Pandolfo* e *Tortora*, che il giudice di rinvio e non il giudice originario dovesse pronunziare sino al termine della causa tra tutte le parti possibili, benchè non presenti nel giudizio rinviato. Ciò non è vero; perchè nella causa di *Tortora* e *Pandolfo*, giudicata in corte suprema nel dì 28 luglio 1831, non si ragionò che della competenza a giudicare del valore di un atto instruttorio, qual fu una perizia ordinata nel corso del giudizio di rinvio per la stessa causa, e fra quelle parti medesime, cioè fra *Tortora* e *Pandolfo;* ed è indubitato che essendosi trattato di ciò nel corso del giudizio di rinvio, non poteva un altro giudice giudicare di questo incidente. Il che adattato alle cose penali non porterebbe ad altra conseguenza, se non a quella che la gran-corte di rinvio, prima che pronunzii la sua decisione diffinitiva, debba essa, e non il giudice originario e territoriale, procedere ad esperimenti di fatto, a perizie o revisioni di perizie ed all'esame di testimoni, il che non può essere rivocato in dubbio, nè ha che fare con l'attual controversia (Concl. preced. § 2).

11. All'incontro nella causa di *Caputo* e *Minervino* fu annullata una decisione della gran-corte civile di Trani relativa ad un falso incidente, e rinviata la causa a Napoli. Esaurito il giudizio di falso incidente, la prima camera della gran-corte civile di Napoli dichiarò di dover giudicare anch'ella del merito. Ma la corte suprema, a mia difesa, con arresto del 10 agosto 1831 dichiarò estinto col giudizio di falso la giurisdizione del giudice di rinvio, e restituì la causa al giudice originario. Il che fa conoscere fra quali stretti cancelli abbia la corte suprema ritenuta la giurisdizione di rinvio nelle cause civili. Quante ragioni di più presentano le cause penali, perchè v' imperi lo stesso principio! (Concl. preced. § 3 e 19).

12. Il *terzo motivo* espresso ne' consideramenti VI ed VIII dell'arresto in causa *Mele*, non è che una ripetizione con diverse parole della *continenza* ed *indivisibilità* di causa. *La corte suprema* (vi si dice) *tiene per fermo che la diversità delle persone imputate di uno stesso reato, può cangiare i gradi d'imputabilità, ma non può alterar mai la unità e la identità della causa*. Ed appunto perchè può cangiare i gradi d'imputabilità del reo, la causa non è *una* nè *identica*. Quindi disse Paolo: *personarum mutatio aliam atque aliam rem facit*. Di fatti se ogni imputato ha intera la sua difesa, e la sua difesa può essere anche contro il titolo della causa, non si comprende di quale unità, nè di quale identità parli la corte suprema.

13. Il *quarto motivo*, espresso pure nel consideramento VIII, ammette quanto noi sostenemmo nella causa *Martino* e *de Sio* relativamente alla *surrogazione* del giudice nelle pronunziazioni di rinvio Se un giudice è surrogato, ella dice, lo è per la causa intera, non per questo o quel reo. Ma noi sostenemmo allora, e la corte suprema vi annuì, che se al giudice territoriale è surrogato il giudice di rinvio, vi è surrogato in quanto a' rei presenti. La corte suprema fa co' suoi giudizii di rinvio una eccezione alla regola della competenza territoriale fissata con l' art. 495

1) Art. 142 l. org. nap. — Art. 150 l. org. sic.

2) L. 39, D. *De legibus*. — L. 11, C. *De legibus*.

proc. pen. Questa eccezione dunque non può essere estesa al di là del caso che dà origine al rinvio (Concl. prec. § 18).

14. Ma la corte suprema piuttosto che di *surrogazione* per effetto dell'annullamento, ama parlare di *sospezione;* tal che come un giudice dichiarato sospetto non può giudicare la causa, così l'autore di una sentenza annullata non può più giudicare nella causa medesima. Ma questa idea è assai singolare. La sospezione è un giudizio di parzialità o d' interesse personale. Come cambiarlo in giudizio di trascurataggine o di errore di mente? Più: il giudice sospetto a fronte d' una parte, se la causa si riproduce nell' interesse d' un' altra, non è più sospetto e ne giudica. Più: il giudizio di rinvio non può andare al di là dello stato in cui fu presentata in corte suprema la causa; e se se n' avvantaggia la giustizia in generale, lo è in quanto vi sperimenta ciò che pensino d' una quistione più collegi giudiziarii, onde determinare la forense interpetrazione delle leggi. (Concl. prec. § 29).

15. Il *quinto motivo* espresso nel nono consideramento, è desunto dall' art. 484 pr. penale. Ne parlammo abbondantemente nei §§ 13 a 17 delle conclusioni inserite nell' arresto. La corte suprema cita l'art. 484, ma non tocca alcuno de' nostri argomenti.

16. E prima di venire alle ultime cose, la maggioranza della corte suprema riepiloga nel suo decimo consideramento i cinque motivi poc' anzi esposti. — Il primo è quella benedetta continenza, unità, ed indivisibilità. Ne abbiamo sopra ragionato. — Il secondo è il timore di *disarmonizzar le condanne;* come se non vedessimo tutto giorno la stessa gran-corte essere in disarmonia con sè stessa. Questa è ragione di convenienza, non di necessità di dritto: se n' è parlato nelle conclusioni al § 25, ove si è dimostrato che nemmeno a questa convenienza si adempie col sistema contrario al nostro. All'incontro la stessa corte suprema, se con la presente decisione è in armonia con le tre decisioni dal 1829 al 1831, *disarmonizza* con quelle dei venti anni precedenti, e con l' ultima per *Martino* e *de Sio.* — Il terzo è che il giudizio perderebbe molto nella opinione dei popoli, quando rinviata ad altri una causa, il nuovo giudice non continuasse a giudicare dopo che ha definitivamente giudicato. Questo assunto è anche di poca importanza, ed è combattuto al § 19 delle conclusioni. — Il quarto è il timore di veder riprodotto l' errore corretto dall' annullamento, se il giudice, la di cui decisione si è una volta annullata, potesse in qualche caso ripigliare la causa. Se n' è parlato al § 11 delle conclusioni. — Il quinto è il preteso assurdo che nella stessa causa si vedrebbero due competenze, una *naturale*, ed un' altra *eventuale*. Ma queste due competenze (se la denominazione n'è esatta) nascono in ogni caso di rinvio, e rimangono tali anche col sistema della corte suprema. Perciocchè rimangono sempre in piedi gli atti non annullati, e per conseguente rimane una parte della competenza che la corte suprema chiama *naturale*, mentre il giudice ch' ella dice *eventuale*, rifà poi i soli atti annullati. Il che è più sensibile quando una parte delle condanne definitive è approvata, e l' altra è annullata, ritenuti i fatti elementari: il fatto criminoso vi è lo stesso, ed intanto la pronunziazione terminativa della causa altra è del giudice *naturale*, altra dell' *eventuale*, e sussistono entrambe. Anzi appunto perchè (se possono dirsi logiche queste nuove denominazioni della corte suprema) appunto perchè il giudice di rinvio è un giudice *eventuale*, esso non è altro che un giudice di rimedio necessario a' mali della competenza *naturale*. Guarito il tumore o la piaga, che è l' accidente *eventuale*, le membra ritornano al libero loro primitivo e naturale esercizio.

17. Viene il *sesto motivo* nell' undecimo consideramento: ivi si numerano alcuni pretesi assurdi che nascerebbero dal sistema spiegato nelle conclusioni.

I *assurdo* — Nel giudice spogliato una volta della sua competenza, se la causa ritornasse mai a lui, l' amor-proprio renderebbe maggiormente ostinato l'errore.— *Nimis probat.* Se fosse ciò, egli dovrebbe essere spogliato di tutte le cause simili; e per gli annullamenti motivati da qualche omissione di rito, qual fu nella causa di *Majetta* e *Capolongo* (Concl. preced. § 8), come questa omissione si potrebbe riprodurre in tutte le cause, così

la gran-corte di Terra di lavoro dovrebbe, per presunzione di ostinazione, essere destituita perchè non riproduca l'errore in altre cause.

II. Potrebbe avvenirvi contrarietà di giudicati. Se n'è ragionato al § 20 e segg. delle conclusioni.

18. Finalmente col *settimo motivo* si attaccano quattro soli argomenti del P. M.

I. Secondo il sistema del pubblico ministero, altro dovrebbe essere il giudice dell'azione, altro dell'eccezione. — Errore è questo da cui la Provvidenza ha scampato il pubblico ministero. Egli non lo ha detto mai. La causa fra le stesse parti in tutti i suoi accidenti debb'essere giudicata dalla gran-corte di rinvio. La teoria della causa di *Pandolfo* e *Tortora* campeggia anche nelle cause penali (sup. § 10).

II. Il pubblico ministero si fonda sul rescritto del 1811, abolito dall'art. 484 e dalla legge del 21 maggio 1819. Si vegga però come il pubblico ministero tragga ragione sì da quel rescritto e sì da questa legge, a' §§ 4, 5 e 6 delle conclusioni.

III. Il pubblico ministero prende argomento dal caso dell'annullamento nell'interesse della legge: qui si tratta dell'annullamento nell'interesse delle parti.—Ma si veggano per risposta i §§ 23 e 25 delle conclusioni.

IV. Il pubblico ministero ragiona male quando trae argomento dagl'interessi del real tesoro. — Si risponde che questa ragione isolata poco varrebbe: *la giustizia non è finanziera*, dice un pubblicista. Ma ell'è fa *armonia*, per servirmi della voce della maggioranza, con tutto ciò che si dice nelle conclusioni ai §§ 16 e 17, onde dimostrare l'indole e la natura degli arresti di annullamento della corte suprema; e da quest' indole nasce uno dei più forti argomenti del m. p. del quale la corte suprema non s'incarica. Egli ha agito in coerenza di ciò che fu risoluto nella consulta, e forte dell'avviso dei suoi colleghi, crede aver sostenuto il giusto ed il vero 1).

V.

Il giudice di rinvio è stato sempre competente per tutti i reati che si addebitano allo stesso reo nel corso del giudizio di rinvio.

1. Signori 2), tre misfatti formano il subbietto di questa causa; un furto del 1828, un furto del 1831, un furto del 1832. Niuna connessione di fatto, per l'art. 160 pr. penale, è tra questi reati.

2. Ignorato era il primo furto del 1828, quando a querela di *Vincenzio Portanova* cominciò la gran-corte criminale di Napoli a procedere pel secondo, commesso a danno di lui nel 1831. Tra i rei erano *Tommaso di Martino* e *Melchiorre de Sio*.

3. Nel corso della instruzione *Vincenzio Portanova*, parte-civile, per aggravare la sorte dei due, e dimostrar com'essi erano abituati a' reati, denunziò il furto del 1828 a danno di un tal *Cappelluto:* chè imputati n'eran fra gli altri e *di Martino* e *de Sio*. La gran-corte medesima in forza dell'art. 158 pr. pen. riunì in una le due cause; ma nel corso della instruzione pel furto a danno di *Cappelluto*, prese conoscenza di una convenzione tra il dirubato ed i ladri: la credette efficace a spezzare il procedimento, e nel dì 27 gennaio corrente anno dichiarò, *non esservi allo stato luogo a procedimento pel furto a danno di Giosuè Cappelluto*.

4. Denunziata questa decisione alla corte suprema tanto da *Portanova*, parte-civile nella causa del secondo furto, quanto dal pubblico ministero, la corte suprema dichiarò irricevibile il ricorso della parte-civile, *perchè ella non poteva rappresentare azione alcuna per un reato commesso in danno altrui*; ma accolse il ricorso del ministero pubblico, perchè le circostanze del reato ne facevano un misfatto: l'azione nascente da misfatto è indipendente dalla volontà delle parti, e le leggi che interessano l'ordine pubblico o il buon costume, non posson essere de-

1) Ciò fu scritto in sostegno d'un'opinione, che cedette poscia all'autorità d'un rescritto.

2) Nella causa di *Tommaso di Martino* e *Melchiorre de Sio*, 19 ottobre 1832, D'Addiego comm., Nicolini m. p.

rogate da particolari convenzioni 1). Quindi annullò la impugnata decisione del 27 gennaio 1832, e rinviò la causa alla gran-corte criminale di Terra di Lavoro.

5. La causa rinviata comprese tanto il furto del 1828, quanto quello del 1831: *di Martino* e *de Sio* erano imputati dell'uno e dell'altro; ed entrambi eran presenti in giudizio, l'uno in istato di arresto, l'altro di consegna con cauzione. L'art. 158 sopra mentovato non permetteva che se ne scindesse il giudizio. Si aggiunge che per costoro vi sarebbe stata reiterazione, qualità che, se non vuol permettersi successiva esecuzione di due pene, doveva aggravar la pena del reato più forte, il che non avrebbe potuto avvenire scindendo il giudizio.

6. Ognun vede da ciò che la gran corte di Terra di Lavoro spiegava la sua giurisdizione in questa causa in difetto del giudice competente per ragion di territorio, e ch'ella surrogata alla gran-corte di Napoli, agì da allora in poi in di lui vece, e come *giudice territoriale*. Tutto quello dunque che l'art. 495 pr. pen. statuisce per la competenza territoriale 2), non riguardava più, ne' limiti di questa causa, la gran-corte di Napoli, ma quella di Terra di lavoro.

7. Intanto in pendenza de' due ricorsi (§ 4), a' 27 febbr. 1832, fu commesso un altro furto di Napoli, per lo quale il procurator generale presso questa gran-corte spiegando lo zelo illuminato che gli è proprio, fè compiere in breve tempo il processo, e s'impadronì de' rei. Tra costoro era quell' istesso *Melchiorre de Sio*, il quale aveva abusato della consegna sotto cui si trovava (§ 5): operazioni del ministero pubblico legittime non solo, ma lodevoli; perchè il procurator generale agiva qual capo degli ufiziali di polizia giudiziaria nella provincia ove il furto fu commesso; e l arresto della corte suprema avea tramutato da Napoli in Terra di lavoro la giurisdizione della gran-corte, non quella degli ufiziali di polizia giudiziaria. Il richiamo dunque di nullità contro gli atti instruttorii relativi al terzo furto, quasi che fossero stati compilati da giudice incompetente, non merita ascolto.

8. Ma il proc. gen. credette che la gran corte, presso la quale esercitava il pubblico ministero, non fosse impedita a procedere anche in merito per tal causa non nominata nell'arresto della corte suprema: e la gran corte la ritenne per sè, spiegando la sua competenza, I, perchè il misfatto fu commesso nel suo territorio; II, perchè non connesso a' due altri misfatti rinviati alla cognizione di Terra di lavoro; III, perchè non compreso in ciò ch'ella chiama *delegazione fatta dalla corte suprema*. Per contrario la gran-corte di Terra di lavoro ha creduto anche questa causa di sua competenza per effetto del mentovato art. 158. *Melchiorre de Sio* (ella dice) imputato de' due primi misfatti, lo è anche di quest'ultimo: le instruzioni di tutti i suoi reati sono già messe in istato da poter esser sottoposte al medesimo giudizio.

9. E questa sembra la più vera sentenza. Il rinvio fatto dalla corte suprema per le due prime accuse, è piuttosto una *surrogazione* di giudice, che una *delegazione*. La legge non fa uso della voce, *delega*, quando parla di ciò che fa la corte suprema, ma adopera le frasi *invia la cognizione della causa*, *rinvia la causa*, cioè la rimette ad una novella gran-corte, la quale fra quelle parti dee far le veci della prima in tutto e per tutti gli accidenti ed incidenti che possono intervenirvi 3). *Delegare*, *mandare iurisdictionem*, indica da un lato un magistrato *qui cam suo iure*, *non alieno beneficio habet* 4), e dall'altro la commessione ch'ei ne fa altrui; tal che *qui cam susceperit*, *proprium nihil habet*, *sed eius qui mandavit iurisdictione utitur* 5). Da ciò nasce che non potrebbe mai, come non mai lo potrebbe qualunque giudice di eccezione, al di là di ciò che fu delegato, rendere la sua giurisdizione *laxiorem re et*

1) Art. 7 II. cc. — Art. 2 pr. pen. — L. 6, C. II, 3, *De pactis*. — Se il furto fosse stato semplice, anche la legge romana ne avrebbe permessa la transazione (l. 7, § 14, D. II, 14, *De pactis*): prima però del fatto non potea convenirsi *ne furti agam*, perchè ciò conterrebbe una causa turpe; *expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam: post admisse haec, pacisci possumus* (l. 27, § 4, eod.).

2) V. *supra* il n. III al § 14.

3) V. *supra* n. III, §§ 4 e 5.

4) L. 5, D. II, *De iurisdictione*.

5) L. 1, § 1, D. I, 21, *De off. eius cui mandata est iurisdictio*.

personis 1). All'incontro la corte suprema non ha giurisdizione punitrice nè conoscitrice de' fatti penali. Dunque non può delegare una giurisdizione non sua, nè il giudice cui ella rinvia la causa, rappresenta in giudicarla la corte suprema. Questi ha giurisdizione propria, concessagli direttamente dal Re, non da altro magistrato. Il magistrato supremo lo surroga ad altro giudice della stessa giurisdizione, ma *neque mandat, neque dat iurisdictionem*. Costui giudica, come se fosse il giudice territoriale; e se talvolta in ciò si è fatto uso della voce *delegazione*, se n'è fatto uso in un senso improprio e volgare, cui mal consuonano le conseguenze del senso proprio e legale 2).

10. Adunque in questa causa la gran-corte di Terra di lavoro fa tutte le veci della gran-corte di Napoli: ella si è impadronita della causa, e fino a tanto che questa dura e non si estingue fra le parti con una definitiva decisione, se n'è impadronita in tutta la sua possibile estensione: ella vi sostiene le parti di giudice ordinario territoriale, e quanto è prescritto in generale per la competenza territoriale, tanto in questa causa deve applicarsi alla gran-corte di Terra di lavoro. Un giudizio di annullamento non fa che dichiarare la trascurataggine e l'errore di un giudice; tali però che tolgono di mezzo il suo giudicato. Giova che altri reiteri il giudizio, che ripari a tali nullità, che prosegua quello sino alla definitiva. Fino a tanto che la definitiva non è pronunziata, egli è non solo giudice della causa nello stato in cui fu questa sottoposta alla corte suprema, ma lo diviene per tutti gli accidenti, per tutte le novità che possono sopravvenire a carico de' rei inviatile: ella giudica i complici, ella gli autori principali, se mai altri dopo la decisione della corte suprema possano scuoprirsi o essere arrestati; ed ella pure giudica i nuovi reati de' già presenti in giudizio, purchè commessi pria che la causa rinviata venga definita. Ciò fu detto da questa corte suprema fin dal primo anno della sua instituzione con arresto del 7 dicembre 1809 nella causa di *Giuseppe Gramegna* 3). Su questi principii nel 5 dicembre 1812 fu risoluto il conflitto tra la corte di Napoli e la corte di Trani nella causa di *Giuseppe Scardi* 4), e nel 10 settembre 1817 fu rigettato il ricorso di *Vincenzo Senisi* 5).

11. Ma questa surrogazione così piena non è che nominatamente per la causa in cui una decisione definitiva sia annullata, cioè a dire fra le parti stesse nel cui interesse fu ella presentata alla corte suprema. Non pertinenti son le ragioni che il procurator generale presso la gran corte di Napoli produce, perchè riguardano il caso in cui pei due misfatti nominati nell'arresto di annullamento della corte suprema, uno o più rei allora presenti fossero già stati giudicati: in questo caso la giurisdizione tornerebbe alla gran corte territoriale a' termini del rescritto del 12 ottobre 1811 6). Ma *di Martino* e *de Sio* non sono stati giudicati ancora; la causa de' primi due furti è tuttavia pendente: e l'instruzione del terzo è pur compiuta ed in istato di dar materia ad una definitiva. Dunque va di dritto connessa alle altre due instruzioni per medesimi rei. Se il giudice di rinvio avesse pronunziato la sua definitiva, allora sarebbe cessata la giurisdizione surrogata, e ricominciata quella del giudice antico territoriale, come fu anche fermato dalla corte suprema nella causa di *Pietro Moretta* 7).

12. Si aggiunge che la reiterazione in

1) Livio, IX, 19.

2) Tale è l'uso che ne fecero ed il rescritto del 12 ottobre 1811 (V. *supra* n. III, § 4), e l'arresto della corte suprema del 19 febbr. 1814 (V. *supra* n. IV, § 8 in *nota*).

3) Suppl. alla coll. delle ll. n. 39.

4) Questo arresto presenta il caso seguente. Sotto la legislazione che ne' giudizii contumaciali ammetteva il ricorso dell'escusatore (oggi non si ammette che il solo ricorso del ministero pubblico a' termini dell'art. 474 pr. pen.) era stata annullata una condanna contumaciale di morte, e rimessa la causa ad altra corte, che rifece il giudizio contumaciale o mitigò la pena. *Quid iuris*, se il condannato in contumacia fosse arrestato, e dovesse rinnovarsi il giudizio col reo presente? Tornerà la causa al giudice territoriale, o dee rimanere presso il giudice di rinvio? Si giudicò che il giudizio contumaciato non dava termine alla causa, e che per conseguente il giudice di rinvio dovea giudicare il reo diventato presente. Causa di *Giuseppe Scardi*, 5 dicembre 1812, Sansoni comm., Poerio m. p. — Suppl. alla coll. delle ll. n. 41.

5) Suppl. n. 38.

6) V. *supra* il n. III, § 4.

7) Del 29 febbr. 1817. — Suppl. alla coll. delle

tre misfatti può aggravare *Melchiorre de Sio* dell'accrescimento di un grado alla pena del misfatto più forte 1), il che non potrebbe eseguirsi se alcuno de' tre reati fosse sottoposto ad un altro giudice (a).

13. Per le quali cose conchiudo che si risolva il conflitto per la gran-corte di Terra di lavoro 2).

VI.

Reale rescritto del dì 29 ottobre 1834 che rivoca l'altro del 12 ottobre 1811, e sostituisce altra giurisprudenza all'antica.

1. L'articolo 118 della legge órganica giudiziaria dispone, che « in qualunque caso la corte suprema annullerà « una sentenza o decisione di un tribunale, o di una gran-corte, sia in materia civile, sia in materia penale, dovrà « inviare la cognizione della causa ad un « tribunale o ad una gran-corte di egual « grado 3). »

2. Quante volte la decisione a carico di un individuo, giudicato in assenza di un altro complice nello stesso misfatto, sia annullata dalla corte suprema di giustizia, e la causa sia rinviata ad altra gran corte criminale, potrà avvenire o che il correo o complice cada in potere della giustizia prima che la gran-corte di rinvio abbia deciso definitivamente a carico del reo principale, ovvero che vi cada dopo compiuto a carico di costui il secondo giudizio.

3. Si è incontrato dubbio sulla competenza a procedere pel correo o complice giudicabile. È propriamente quistione se debba procedere a suo carico la gran-corte medesima di rinvio, ovvero la gran-corte criminale, nel cui territorio giurisdizionale è avvenuto il misfatto.

4. Sua Maestà, cui ho rassegnato l'affare nel consiglio ordinario di stato del 13 andante ha sovranamente dichiarato, che l'annullamento della decisione di gran corte criminale estingue la giurisdizione della medesima sulla causa e sul reato, intorno a cui fu emessa la decisione annullata; tal che presso la gran-corte cui è rinviata la causa, si trasporta la giurisdizione sopra i reati de' quali fu già trattato nel primo giudizio, e sopra ogni altro reo ed ogni altro complice che venga di poi nelle mani della giustizia, comunque o sia tuttora pendente, o sia anche compiuto e deciso il secondo giudizio. — Napoli 29 ottobre 1834. — Nicola Parisio.

—

VII, VIII, IX.

Degli effetti della cessazione o sospensione della giurisdizione.

SOMMARIO

Concl. prima (N. VII). — *Rimessa una causa per motivi di sicurezza pubblica da una gran-corte ad un'altra, vi è rimessa tutta ed intera fra tutte le parti che posson esserne giudicate, nè può il primo giudice ripigliar mai la perduta giurisdizione.*

I. Differenza di effetti tra le tre interdizioni di giurisdizione, I, per motivi di ricusa, II, per motivi di annullamento, III, per motivi di sicurezza pubblica, § 1.

II. Cosa sia remissione per motivi di sicurezza pubblica, § 2.

III. La remissione per motivi di sicurezza pubblica

II. n. 42. — V. *sup.* il n. IV, § 8 *in nota.*

1) Art. 86 II. pen. — V. sup. § 5.

(a) *Secondo il novello codice penale nel concorso di due o più crimini, ciascuno dei quali importi la pena di venti anni di lavori forzati, sarà questa applicata da cinque a dieci (art. 108); sicchè il giudice può spaziare tra venticinque a trenta anni di lavori forzati. Se concorrono due o più crimini importanti pene temporanee o dello stesso o di diverso genere, si applicherà la pena più grave, aumentata secondo il numero dei reati e la qualità delle pene incorse. Ove però occorra di aumentare la pena temporanea, al di sopra del massimum di ciascuna di dette pene, l'aumento avrà luogo entro il limite di cinque anni; salvo il disposto dell'articolo precedente (art. 109).*

2) Così fu deciso. Queste conclusioni vennero di parola a parola convertite in motivazione dell'arresto.

3) T. sup. n. III, § 3.

—

VII.

Rimessa una causa per motivi di sicurezza pubblica da una gran-corte ad un'altra, vi è rimessa tutta ed intera fra tutte le parti che possono esserne giudicate, nè può il primo giudice ripigliar mai la perduta giurisdizione.

1. Signori 1), ben differente a mio avviso è negli effetti suoi la cessazione di una giurisdizione per motivi di ricusa, da quella per motivi d' annullamento, o per motivi di sicurezza pubblica. — La ricusa è tutta personale, e ristretta ne' particolari rapporti tra il giudice e le parti. Quindi cessato il motivo, ei ripiglia la sua giurisdizione. — Il ricorso per annullamento è conseguenza di legge che si giudica mal applicata, o di rito che si giudica violato, affinchè rimessa la causa ad altro giudice di egual grado, si vegga se il punto di controversia che ha prodotto la rescissione del giudicato, venga deciso da altro giudice conformemente alla sentenza del primo, ovvero a quella della corte suprema. Così co' nuovi esperimenti stanziati dalla legge, i quali possono giugnere sino alla potestà sovrana, si fissa intorno a quel punto la giurisprudenza 2). — La remissione d' una causa per motivi di sicurezza pubblica 3) parte da altri principii, e per ciò vale ad altre conseguenze.

2. Qui con la frase *sicurezza pubblica* non s'intende già quella che chiamano le leggi penali, *sicurezza esterna ed interna dello stato*: essa è quella sicurezza, o sia conscienza certa in cui dee riposare ciascun suddito del Re della uguale protezion delle leggi sotto la mano forte del comun padre e signore: tal che se vi ha dubbio ragionevole che qualche magistrato, cui n'è affidato il deposito, ne abusi, la sicurezza nella quale si vive, può cangiarsi in ansietà e diffidenza, che rende incerto il pubblico delle sue facoltà e dei suoi dritti. Ed i motivi di sì fatta ansietà ben posson esser quelli che la legge annovera tra i motivi di ricusa, e posson essere anche altri d'un ordine superiore, e talvolta di soli impedimenti fisici che ritardino il corso della giustizia. Se non che la conoscenza di questi motivi è tolta ad ogni collegio giudiziario, ancorchè supremo: il Re solo, fonte unico delle giurisdizioni, può giudicarne la sussistenza e l'efficacia: egli solo può togliere per qualche causa o per qualche classe di cause la giurisdizione al giudice territoriale, o trasportarla ad altro territorio; come può

1) Conclusioni nella causa di *Vincenzo la Daga* e *Giuseppe Angelici*, 5 marzo 1834, Celentano comm., Nicolini m. p., Pasquale Montone avv.

2) Questo è ciò che col rinvio può essere d'interesse della legge. Il resto è d'interesso delle parti. — V. *sup.* n. III § 27, e IV § 13 e 18.

3) Art. 510 e segg. pr. pen. — V. la nostra *Pr. penale*, parte III, §§ 339 e segg.

creare per motivi gravi un giudice di eccezione fino a tanto che quei motivi non cessino 1).

3. Il che se può avverarsi sì nelle cause civili, e sì nelle amministrative e penali, nelle penali *in quibus de magnis est periculum*, richiama molto più l' attenzione del governo. Motivi però debbon esser questi tutti d'ordine pubblico, in cui l'opinione pubblica della inconvenienza o inopportunità de' tali o tali altri giudici può far dubitare che quivi, in quella causa, mal si riposa sull'efficacia delle leggi. Per questi motivi il governo interdice a questo o a quel tribunale, benchè competente per legge generale, di trattar la tal causa, e comanda alla corte suprema di rinviarla ad altro. Ma sì fatta traslazione di cause è rimessa tutta all'alta prudenza e saviezza del Re: ei non ne pubblica i motivi, e solamente ordina alla corte suprema ch'escluso l'un giudice, ella nomini un altro di egual grado, il quale sia più conveniente alle circostanze della causa 2).

4. Da ciò sorge che non nell'interesse di questo o di quel reo, non per rei presenti o assenti, non per questa o per altra quistione si fa la remissione d' una causa per motivi di sicurezza pubblica: essa può essere ordinata al nascere della causa medesima, come al suo mezzo, o vicino al suo termine, e quando un solo o niuno de' rei è presente. Per lo che, ordinata ch' essa è, qualunque sia l'incidente che nasca, qualunque la persona che posteriormente si conosca indiziato qual reo nella causa, dee sottostare alla nuova giurisdizione. Tal remissione non può essere provocata dalle parti; non può esserne decisa la convenienza da alcun corpo giudiziario: il Re solo n'è l'arbitro; i motivi rimangono nell' alta sua mente, nè vengono pubblicati: la forma con cui la risoluzione n' è comunicata alla corte suprema, è la stessa che quella degli ordini di pubblica e sovrana amministrazione 3).

5. Applicando questi principii alla controversia presente, avete inteso che non appena nacque in Capitanata una causa di falsità e di frode in danno del real erario, i due ministri delle finanze e di grazia e giustizia videro le difficoltà che s'incontravano di ben instruirne il processo in paese ove grande era l'influenza dei rei su periti e su' testimoni, ed in causa in cui tutto era legato co' registri finanzieri sistenti in Napoli. Pregarono dunque il Re a traslocare in Napoli la causa. E nel dì 3 gennaio 1828 ne venia comunicato l' ordine alla corte suprema, e la corte suprema nel dì 18 dello stesso mese destinava per l' appunto la gran-corte criminale di Napoli. Questa agì contro tutti i rei di cui parlava il rescritto.

6. Intanto dalle istruzioni risultò l'imputazione di due altri non nominati nel rescritto: essi erano anche imputati d'altra falsità indipendente da' registri di Napoli. La gran-corte di Napoli con decisione del dì 8 gennaio 1834 si dichiarò per costoro incompetente, perchè non compresi nominatamente in quella ch' ella chiama *delegazione*. Ma la gran-corte di Lucera si dichiarò anch'ella incompetente, perchè la causa delle falsità e frodi commesse in Capitanata, era stata per intero a lei tolta per motivi di pubblica sicurezza, e gli altri reati de' medesimi rei dovevan essere riuniti a quelli, e giudicati dal tribunale medesimo.

7. Brevi in questo conflitto negativo fiano le mie parole. Nella causa di *Mele* io conchiusi per la competenza territoriale contro la decisione della gran-corte di Napoli, perchè si trattava d'una gran-corte cui era stata rinviata una causa per effetto di annullamento della decisione pronunziata per altri rei dal giudice territoriale. Finita presso il giudice di rinvio la causa de' rei presenti nel giudizio annullato, io sostenni che il giudice territoriale dovesse ripigliare la sua giurisdizione.

8. Ma voi decideste contro le mie conclusioni, e così avete posteriormente deciso in altre cause 4). Oggi, nella causa

1) Così i reali comuni degli ufiziali pubblici dell'ordine giudiziario non son giudicati dal collegio di cui essi fan parte, benchè questo sia competente per giurisdizione territoriale. Art. 540 pr. pen.

2) Se però i motivi di sicurezza pubblica possano cessare coll'allontanamento d'uno o più componenti della gran-corte, rimossi costoro, gli ufiziali che instruiscono i processi, il pubblico ministero e la stessa gran-corte criminale continuano il procedimento, a'termini delle rispettive facoltà. Art. 519 p.p.

3) Art. 511 e 518 pr. penale.

4) Anche prima del rescritto di ottobre 1834, con

presente, ove si tratta di rimession di causa per motivo di sicurezza pubblica, io pure conchiudo contro la decisione della gran-corte di Napoli, sì opposta all'altra di *Mele*, perchè natura di questa remissione è che l'intiera causa sia tutta tolta a Lucera, e che la gran-corte di Napoli debba giudicarne fino a tanto che tutti i rei ne sieno giudicati, e tutte le dipendenze decise.

9. Per le quali cose dimando, che risolvendo il conflitto negativo in linea di regolamento di giudice 1), la gran-corte di Napoli proceda contro i due ultimi scoperti rei per le falsità e frodi commesse in Capitanata, non meno che per gli altri reati a costoro addebitati 2).

VIII.

In una causa rimessa per motivi di sicurezza pubblica ad una gran-corte composta di due camere, ed incardinata ad una di esse, quando possa la corte suprema trasportarne la giurisdizione da una camera all' altra.

1. Signori 3), la causa di *Cardamone* e *Pangrati*, il cui giudice per ragion di territorio era la gran-corte criminale di Cosenza, fu rimessa per motivi di sicurezza pubblica alla gran-corte di Napoli. Questa gran-corte la definì in camera di consiglio, a maggioranza di tre voti sopra due, con una decisione di assoluzione. Di tal decisione io dimandai non solo l'annullamento per gravi violazioni di legge, ma il rinvio della causa ad altra gran-corte nell'interesse delle parti 4). Voi annullaste la decisione nell'interesse della legge; ma dichiaraste decaduti dal ricorso il ministero pubblico e la parte civile contro la parte definitiva della decisione con cui si era data la libertà assoluta all'imputato 5), tal che non deste luogo a rinvio. Furono dunque restituiti gli atti alla gran-corte di Napoli.

2. La causa presentava pendenti altre imputazioni contro l'uomo assoluto, connesse però al reato giudicato, non meno che altri correi dell'imputazione giudicata, già nell'interesse d'un solo. Il giudizio n'era incardinato presso la seconda camera della gran-corte; ed il procurator generale e la parte-civile insistevano perchè questi altri rei fossero giudicati, ed il giudizio di tutte le imputazioni proseguito, tranne la parte che era stata definita per colui la di cui assoluzione da una sola delle sue imputazioni sol per lui sussisteva: *res inter alios gesta* ella era per gli altri.

3. Intanto in questo nuovo giudizio tornano a disamina alcune quistioni sulle quali la maggioranza della seconda camera avea già pronunziato. Non è il caso del *bis in idem*, perchè diversi dal primo, comecchè connessi ad esso, sono gli altri reati addebitati all'uomo già giudicato, e diverse sono le altre persone che or si traggono in giudizio. Nè queste, nè quelli vennero nominati nella decisione annullata: se non che tra le quistioni nuove non è l'ultima la dimanda che il giudizio di questi reati si dichiari assorbito nel primo giudizio, e che il giudizio dei nuovi rei si dichiari terminato col giudizio del correo. Strani a me sembrano questi assunti, ma debbono avere il loro giudice.

due altri arresti del 18 agosto 1834, l'uno nella causa di *Gaetano Trivisonne* e *Francesco di Cillo*, l'altro nella causa di *Vincenzo Stefanelli*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

1) Art. 497 pr. pen.

2) Così fu deciso. — Col rescritto del 29 ottobre 1834 vennero poi parificati gli effetti giurisdizionali sì del rinvio per annullamento, e sì della remissione per sicurezza pubblica. Rimane la differenza solamente nel caso di cessazione di giurisdizione per effetto di ricusa. V. *sup.* n. III, § 28.

3) Nella causa *Cardamone* e *Pangrati*, 1 luglie 1839, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p. — V. il n. V, pag. 500.

4) Non è d'incerto dritto che rimessa una causa per motivi di sicurezza pubblica ad altro giudice che non è il competente per ragion di territorio, egli vi pronunzia come un giudice surrogato a quello, e non come un giudice delegato dal PRINCIPE, sì che divien soggetto a tutte le fasi della giurisdizione ordinaria. La corte suprema vi esercita la sua giurisdizione, e può annullarne le decisioni, e rinviar la causa ad altro giudice di egual grado, come il poteva con la gran corte originaria. Arresti del 6 novembre 1833 nella causa di *Michele Petti*, e del 3 novembre 1834 nella causa di *Nicola Maria Casciati*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p.

5) V. il d. n. V, pag. 500 di queste *Quistioni*.

4. In questo stato di cose già la parte civile accenna al benefizio dell'art. 129 della l. org. e dell'art. 337 pr. penale, i quali nel caso di annullamento nell'interesse della legge, danno la facoltà di scegliere tra l'esperimento d'un nuovo giudizio, e la esecuzione del primo, benchè annullato. Per lo che amando l'esperimento d'un nuovo giudizio, bramerebbe la destinazione di un'altra gran-corte.

5. Ma i due art. concedono sì fatta facoltà al *condannato*. So che la ragion della legge non restringe quella a' soli condannati ad una pena, ma l'estende a qualunque imputato che possa essere condannato 1); tal che annullata nell'interesse della legge una decisione di sottoposizione all'accusa, l'accusato può ben profittarne. Sempre però questo benefizio è in favor de' rei, non dell'accusatore o della parte-civile, e l'è per migliorar la condizione di quelli soltanto. Per lo che se una decisione di condanna venga annullata nell'interesse della legge a motivo che la pena inflitta sia troppo mite, mentre dal fatto ritenuto e non annullato ne risultava altra più forte, voi avete negato al reo l'esperimento di un nuovo giudizio: *nemo audiatur perire volens* 2). E per la parte-civile, *ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficiat* 3). È un *ius singulare*, che ristretto al suo oggetto di benignità verso il reo, non può rivolgersi a suo danno, nè passare a persone diverse da lui, e molto meno fra le passioni di rappresaglia e vendetta d'un querelante 4).

6. Se non che rimane sempre al real governo il dritto di vigilanza perchè la giustizia imparzialmente si renda. Laonde avvertito il ministro di grazia e giustizia non essere convenevole che la medesima maggioranza della seconda camera la cui decisione per motivi gravi e moltiplici venne annullata, giudicasse ancora e le medesime parti ad altri rei per le dipendenze e gl'incidenti della causa medesima, misti ad oggetti non ancor giudicati, ha commesso a noi, agenti del ministero pubblico, di portar l'affare alla vostra cognizione, se convenga un altro rinvio 5).

7. Or io considero, che la remissione da Cosenza a Napoli fu in termini generali, *alla gran-corte criminale di Napoli;* che fu destinazione di economia interna del collegio l'addire la causa alla seconda camera della nuova gran-corte, piuttosto che alla prima; che la maggioranza della seconda camera la quale decise in camera di consiglio l'assoluzione del reo, non fu che di tre giudici; che potrebbe la corte suprema ordinare che costoro si astengano 6), ma giustizia vorrebbe che l'esclusione de' tre i quali non piacciono alla parte-civile, portasse seco anche l'esclusione de' due che dispiacciono al reo; che esclusi cinque, si renderebbe la parte della camera che rimane, insufficiente a giudicare; che all'incontro intera è la prima camera, la quale potrebbe all'uopo aver per supplenti i giudici dell'altra che non presero parte nella causa; che il primo reale rescritto di remissione per sicurezza pubblica rimarrebbe ugualmente adempito, o che giudichi la seconda camera, o che giudichi la prima; ch'esempio della remissione dall'una all'altra camera della gran-corte criminale di Napoli, è nella causa famosa degli avvenimenti di luglio 1820, ove un real decreto avea riunito nella gran-corte di Napoli tutte le cause particolari delle altre provincie, e la corte suprema, avendo annullata una decisione della prima camera, rinviò intiera la causa alla seconda; che questi giudizii di remissione per motivi di sicurezza pubblica son giudizii di prudenza e non di stretto dritto; e che per conseguente niun ostacolo di legge può trovarsi a trasportar questa causa dalla seconda camera alla prima.

8. Per fermo questi motivi di convenienza non possono proporsi dalle parti private, nè le parti possono argomentarvi per analogia, e trarre da un annullamento nell'interesse della legge un diritto sancito dal rescritto reale del 29 ottobre 1834,

1) Arresto della corte suprema del 21 novembre 1834, nella causa di *Domenico Felicetti*, Celentano comm., Nicolini m. p.

2) Arresto del 7 dicembre 1840, nella causa *Arnò, Mollica e Carusetta*, Montone comm., Nicolini m. p., Gius. Marini-Serra avv. de' ricorrenti.

3) L. 68, *De reg iuris.*

4) L. 16, D. l, 3, *De legibus.*

5) Ministeriale del 26 giugno 1839.

6) Art. 516 pr. pen.

il quale parla dell'annullamento nell'interesse delle parti 1). Ma se il governo commette l'affare alla corte suprema, e si mostra sollecito del pericolo in cui è la giustizia ov'ella fosse abbandonata a giudici che nell'applicazione della legge alla causa manifestarono sì erronee opinioni, la corte suprema che scoprì queste, non può esserne meno sollecita.

9. Per queste ragioni io conchiudo esser saggio consiglio il decidere che la causa *Cardamone* e *Pangrati*, con le sue nuove dipendenze, sia giudicata tutta dalla prima camera della gran-corte di Napoli 2).

IX.

Della giurisdizione che rimane ad una gran-corte in pendenza del ricorso.

1. Signori 3), nel 19 aprile 1839 la gran-corte criminale di *Cosenza*, dietro pubblica discussione per omicidio premeditato di cui erano accusati *Salvatore Malagrinò* e *Teresa Sangermano* moglie dell'ucciso, pronunziò *consta* pel primo, e lo condannò alla pena di morte, *non consta* per la seconda, ed ordinò una più ampia instruzione che commise al regio giudice di *Corigliano*. Il ricorso del *Malagrinò* fu rigettato da questa corte suprema nel 14 febbraio del corrente anno 1840. Gli atti però non vennero dal ministero immediatamente rinviati alla gran-corte giudicatrice. Così giunse aprile, e compiè l'anno dalla pronunziata decisione. Il giudice di *Corigliano* compilò intanto la più ampia instruzione, e la inviò a' 18 maggio al procurator generale, il quale non la presentò alla gran-corte, perchè attendeva la notizia del destino del condannato. La donna allora che vide trascorsi tredici mesi dopo la decisione, dimandò alla gran-corte di esser messa in istato di libertà provvisoria 4). Il procurator generale si oppose a qualunque provvedimento della gran-corte, sostenendo esser sospesa ogni sua giurisdizione nella causa per effetto del real rescritto del 29 ottobre 1834 5). Ma la gran-corte ordinò ch'ei le presentasse la più ampia instruzione del giudice di *Corigliano*, per definire se questa fosse compiuta, e giudicare sulla dimanda dell'imputata.

2. Avverso di tal decisione il procuratore generale produce ricorso. Egli dice che potendo la decisione del 19 aprile 1839 venir annullata, e potendo la giurisdizione di tutta la causa essere trasportata ad altra gran-corte, non poteasi più in Cosenza, nella pendenza del ricorso, prender conoscenza dell'affare nè delle sue dipendenze. Ciò impediva anche il ministero pubblico ad agire, nè per ciò potea l'imputata opporre alcuna prescrizione contro di lui, nota essendo la massima, *contra non valentem agere non currit praescriptio*. A ciò risponde la donna, che se la giurisdizione della gran corte era sospesa di dritto, sospesa pure esser doveva quella de' giudici instruttori dipendenti dalla gran-corte, e perciò nulla dovea dirsi l'instruzione del giudice di *Corigliano*, compilata in pendenza del ricorso.

3. Ma io osservo contro il detto dell'imputata, che la più ampia instruzione e la commessa fattane al giudice regio è parte non impugnata della decisione del 16 aprile. In ogni decisione *quot capita tot sententiae*: questo capo doveva esser eseguito, non ostante la sospensione della esecuzione per l'altro capo. E tanto più doveva esserlo, quanto più di stretto dritto è la legge che dal dì della decisione conta un termine di prescrizion biennale a favore degl'imputati. Bene dunque e legalmente procedette il giudice di *Corigliano*, e ben potea la gran-corte, in pendenza del ricorso del correo, esami-

1) V. il n. VI, pag. 810.
2) Così fu deciso.
3) Conclusioni pronunziate all'udienza della corte suprema nella causa di *Teresa Sangermano*, 17 luglio 1840, Montone comm., Nicolini m. p.
4) Se la più ampia instruzione non sia terminata dentro l'anno, l'incolpato, qualora continui ad essere in istato di arresto, debbe esser messo in quello di libertà provvisoria; e continuata l'instruzione, può esser portato ad un secondo giudizio dentro il termine di due anni. Art. 282 pr. penale.
5) V. *sup.* n. V e VI pag. 813 e 816.

naro se la più ampia instruzione avesse interrotta la prescrizione.

4. Di fatti il ricorso per annullamento avverso una decisione definitiva non produce sospensione assoluta e di dritto, che per la sola esecuzione della decisione impugnata 1); ma non è intanto vietato alla gran-corte di provvedere a tutti gli accidenti della causa i quali non fan parte della esecuzione della decisione medesima. Tale p. o. sarebbe l' interrogatorio d' un complice che venisse arrestato in pendenza del ricorso; tale il reperto di oggetti nuovi relativi al reato che convincano i complici non ancor giudicati; tali gli atti di affronto, i mostrati, alcune perizie e testimonianze che potrebber disperdersi, ec. ec.

5. Che se la gran-corte la di cui giurisdizione è attaccata con ricorso, non conservasse sopra questi oggetti giurisdizione alcuna, non potrebbe conservarla alcun ufiziale di polizia giudiziaria che ne dipende, nè lo stesso procurator generale del Re presso la medesima. All'incontro non sarebbe sì fatta giurisdizione trasmessa ad alcun altro magistrato, perchè appunto il ricorso non è ancora definito. E se la gran-corte la di cui decisione è attaccata, non ritenesse giurisdizione in ciò che non è esecuzione della decisione medesima, ne nascerebbe l' assurdo che in questo frattempo non vi sarebbe impero di legge per le dipendenze della causa mentre l'impero della legge è costante e perpetuo, e la sua azione non può esser sospesa giammai.

6. Il real rescritto del 29 ottobre 1834 dichiara che l' annullamento d' una decisione di gran-corte criminale estingue la giurisdizione della medesima sulla causa e sul reato, anche relativamente ad ogni altro autor principale o complice non mai giudicato. Ma questa estinzione della giurisdizione territoriale avviene sol quando siasi già non pur pronunziato, ma notificato l'annullamento. Allora la giurisdizione, tanto per ciò che ha formato oggetto della decisione annullata, quanto per ciò che non ancora è stato in quella causa dedotto, si trasporta intera, in forza del rescritto, nella gran-corte di rinvio. In pendenza però del ricorso niuna giurisdizione è sospesa di dritto, tranne per l'esecuzione del giudicato, come espressamente vien detto dall'art. 310; e quando poi l' annullamento ed il rinvio vengano pronunziati e conosciuti, non perdono per ciò di vigore tutti gli atti che in pendenza del ricorso sieno stati fatti dalla gran corte originaria o da un suo ufiziale di polizia giudiziaria: essi fan parte legale del processo che si rimette al giudice di rinvio.

7. Per le quali cose nemmeno può il procurator generale dolersi di violazione alcuna di legge nel provvedimento ultimo della gran-corte: egli dee presentarle gli atti contro la complice *Sangermano* compilati legalmente in pendenza del ricorso. Quindi il richiamo del m.p.per questa parte che attacca l'ultima decisione nella quistione di dritto, merita d'essere rigettato.

8. Osservo però che oltre alla sospension legale della parte d'una decisione attaccata da ricorso, può esservi pure una sospensione momentanea ed accidentale, o sia un ostacolo non di giurisdizione, ma di attitudine necessaria per pronunziare una decisione; e questa è puramente di fatto, e non di dritto. Tale sarebbe p. e. la dispersione di un processo, o la mancanza di qualche parte di esso per qualunque causa. E tale è il caso presente. La processura fu inviata da Cosenza a S. E. il ministro segretario di stato di grazia e giustizia, il quale la passò alla corte suprema insieme col ricorso del condannato. La corte suprema nel dì 14 febbraio del corrente anno rigettò il ricorso. Ma nel dì 1 giugno la processura non era stata restituita ancora a Cosenza. Ben dice il procurator generale che non potea provvedersi sulle dimande della complice *Sangermano* senza aver presenti tutti gli atti, onde esaminare la nuova instruzione nel confronto de' fonti primitivi delle pruove: questi erano nella processura di cui la gran-corte mancava: ostacolo di fatto che poteva impedire la pronta pronunziazione, ma non impediva di spiegare la giurisdizione, almeno per guardare lo stato della più ampia instruzione, ed ove avesse avuto bisogno di essere confrontata coll'antica, sollecitare la restituzion del processo dalla corte suprema.

1) Art. 310 pr. pen.

9. Credo io dunque che in una quistione indipendente dall'esecuzione della decisione attaccata dal ricorso, la gran-corte di Cosenza potea spiegare la sua giurisdizione; ch'ella ben fece a far proseguire la più ampia instruzione per la complicità della donna non ricorrente; che costei, a far valere il suo dritto per la prescrizione, non poteva essere impedita da un fatto non suo; e che la gran-corte doveva darle atto della sua dimanda, e conoscere lo stato di questa più ampia instruzione, benchè forse era prudente l'attender l'esito del ricorso per pronunziare sull'eccezione, o rinviarla al termine de' cinque giorni 1). Ma la gran-corte non vi ha certo pronunziato: ha mostrato solo chè potea pronunziarvi; ed in ciò ha spiegato un atto giurisdizionale ch'era a lei competente. Quindi richiedo che il ricorso sia rigettato 2).

X A XX.

Della formola, ritenuti i fatti espressi nella decisione, ovvero ritenuti i fatti e la definizione di essi, rinvia ec. — Art. 327 328, 329 pr. pen.

SOMMARIO

CONCLUSIONE PRIMA (N. X). — *Quando in forza dell' art. 327 pr. pen. può darsi luogo ad annullamento e rinvio, ritenuti i fatti espressi nella decisione.*
I. Fatti della causa, § 1 a 4.
II. Definizione datane dalla gran-corte criminale, § 5.
III. Tal definizione è in contraddizione co' fatti accertati, § 7.

CONCLUSIONE II (N. XI). — *Del valore presso la gran-corte di rinvio della formola*, ritenuti i fatti espressi nella decisione.
I. Stato della quistione, § 1 e 2.
II Mezzi che ha un giudice penale di scuoprire il vero nella pubblica discussione; ma ritenuti i fatti espressi in decisione non pronunziata da lui, questi mezzi gli son negati dovendo egli giudicare senza dibattimento, § 3.
III. Principii da' quali deriva lo scioglimento di ogni quistione di fatto, § 4 a 6.
IV. Autorità di CICERONE, il quale chiama *facti constitutio* quella che noi diciamo *convizione de' fatti per la motivazione*; e chiama *quaestio nominis*, quella che noi diciamo *definizione del fatto*, § 7 a 12.
V. La parte congetturale de' fatti ritenuti in una decisione di cui si annolla la definizione, è quistione di fatto, non meno che l'accertamento de' fatti materiali, § 8 a 10.
VI. La definizione del fatto è quistione di dritto, perchè quistione di nome di legge, o sia di formola legale con cui il fatto si esprime, § 11 e 12. — Ed è tale tanto la definizione del fatto da cui sorge la reità, quanto quella del fatto da cui risulta l'innocenza, § 13 a 15.
VII. Conchiusione, § 16 e 17.

CONCL. III (N. XII). — *Della forma della decisione da pronunziarsi in grado di rinvio, quonda sieno stati ritenuti i fatti espressi nella prima decisione.*
I. La nuova decisione non è esentata da tutte le forme prefisse a pena di nullità: tale è la motivazione, § 1 a 3.
II. La nuova decisione dunque dee presentare nuovamente trascritti tutti i fatti ritenuti, come quelli che debbono motivare la nuova definizione, § 4.
III Conchiusione, § 5.

CONCL. IV (N. XIII). — *Quando invece di annullare, ritenendo i fatti espressi nella decisione, giovi piuttosto disapprovare qualche considerazione. — Frode.*
I. Stato della quistione, § 1.
II. Fatti stabiliti dal regio giudice, § 2 e 3. — Caratteri della frode qualificata a' termini dell'art. 433 n. 4 ll. penali, § 4.
III. Decisione in grado di appello, § 5 a 7.
IV. Ricorso, e sua discussione, § 8 ad 11.
V. Conchiusione, § 12.

CONCL. V (N. XIV). — *Appendice alla concl. precedente per la parte che riguardo la frode. — Il niego del pegno apre adito alla competenza penale per frode.*
I. Stato della quistione, § 1 a 5.
II. Quando nel niego di restituire una cosa data per uso determinato, l'azion penale contro il defunto può passare all'erede, § 6 a 8.
III. Un giudicato in causa civile non pregiudica l'azion penale del pubblico ministero, § 9.
IV. L'azion penale di frode, tranne il caso del deposito volontario, dà luogo essenzialmente alla pruova testimoniale, nè vale opporre l'art. 1295 delle ll. cc., § 10 a 17.
V. Conchiusione, § 18.

CONCL. VI (N. XV). — *Così ne' quali debbono ritenersi tanto i fatti espressi nella motivazione, quanto la definizione di essi, ed annullarsi la*

1) Art. 184 pr. penale.
2) Così è stato deciso. — Se tutte le gran-corti facessero in casi simili ciò che si fece in questa causa, non vedremmo tante libertà provvisorie per misfatti gravissimi, convertite in assolute, sol perchè si usa sempre sospendere l'ampia instruzione per un reo non condannato, quando il condannato ricorre avverso il capo della decisione che lo riguarda.

X.

Quando in forza dell' art. 327 pr. pen. può darsi luogo ad annullamento di una parte della decisione.

1. Signori 1) , una giovine non inelegante di forme , scalza e ricinta appena del notturno suo guarnelletto, sulle prime ore di un mattino estivo, precipitò dall' alto d'un quarto appartamento in una delle strade più popolose di questa città. Fu caso, o disperata deliberazione di lei, od altrui violenza?

2. In quell'atto non erano in casa con lei, che il marito e i figliuoletti comuni. Il marito, alla testa di un negozio accreditato di libri, avea fama d' uom onesto, operoso, amantissimo della sua famiglia. Ella, troppo più vivace che a moglie ed a madre conviene , dava spesso materia alla malignità de' vicini, se non per altro, per quella che chiama ORAZIO, *grata protervitas et vultus nimium lubricus aspici* 2). Quindi tra moglie e marito dissidii frequenti e risse gelose, non senza battiture e minacce di peggio, seguite sempre da pronte riconciliazioni e reintegrazioni d'affetto. Erano con edificazione delle anime buone veduti abitualmente chiudere insieme la loro giornata con le preci serotine alle quali son chiamati i fedeli nel

1) Nella causa di *Antonio Morollo*, 27 novembre 1840, DE LUCA comm., NICOLINI m. p., FRANCESCO DE MARCO avvocato del ricorrente.
2) HOR. Od. 1, 29, v. 7.

vicino tempio del Gesù, e non di rado aprirla pur quivi appiè del medesimo confessore. Nondimeno ciò non toglieva che si parlasse con qualche discapito di lei. Forse era più libertà di modi per vaghezza giovanile, che corruzione di cuore. Si immagini quanti giudizii temerarii, quante favole si sparsero subito per la città allo spettacolo di compassione e terrore ch' ella mezzo ignuda ed esanime offria sulla strada.

3. Fuggitivo il marito, e per vichi men frequentati errante là presso, venne arrestato al momento che dagli ufiziali di polizia si raccoglieva lo sformato cadavere. Ansio, sbigottito, nè in tanta calamità ben saldo di mente 1), ne' suoi interrogatorii ei cadde in tali contraddizioni, ch'ei ne venne deplorato qual reo, e reo confesso. Accusato di omicidio volontario in persona della moglie, fu menato a solenne giudizio.

4. La gran-corte si convince che in quell'alba funesta, per non so qual rumore ed ombra che parve svanir per le scale, si rinnovarono contro di lei i sospetti del marito; che i rimproveri di lui ebbero di rimando risposte più acri ed ingiuriose; ch'egli la percosse e ne fu ripercosso; che in mezzo a movimenti sì iracondi e incomposti ella sospinta fin presso alla finestra, vi si affacciò chiamando a gran voce i parenti suoi, abitatori dell'appartamento inferiore; che bassissima questa, tosto ch' ella in tanta tempesta d' animo vi si cacciava assai fuori, non più la sostenne, perchè veduta fra strani avvolgimenti a guisa d' ebbra e forsennata agitarsi, e sporgere di più in più inclinate verso il sottoposto balcone le braccia convulse e la testa, sbilanciando colla parte più pesante del corpo, rovesciata giù cadde.

5. Stabiliti così i fatti della causa, la gran-corte dovea definirli secondo la legge, o sia dare al lor complesso il suo nome legale. Ella ha tratto tal nome dall'art. 362 congiunto all'art. 391 delle leggi penali, ed ha chiamato l'avvenimento *percossa del marito data alla moglie*, *per percuotere e non per uccidere, dalla quale nacque la morte di lei*, *sorpassando nelle conseguenze il fine del delinquente.* Ha diminuito perciò di due gradi la pena capitale del coniugicidio, e condannato il colpevole al quarto grado di ferri.

6. Ma l'ipotesi dell'art. 362 è che dalla percossa volontaria segua la morte; e la ipotesi dell'art. 391 è pure che dalla percossa nasca il reato più grave, il quale sorpassi nelle sue conseguenze il fine del delinquente. Il reato adunque più grave e la morte debbon esser l' effetto fisico della percossa 2). Qui la causa prossima ed immediata della caduta della donna, e quindi della morte, e ne' moti incomposti di lei: gli urti e le percosse avvennero alquanto prima, e nell'interno della camera, non sulla finestra; occasione piuttosto che causa del di lei orribile fato. Il fatto dunque è in contraddizione con la definizione di esso, e pare che ben s'invochi dal ricorrente il presidio dell' art. 327 pr. penale.

7. Richiedo perciò, che ritenuti i fatti elementari della decisione, non meno che i consideramenti ch'estimano questi fatti, si annulli la definizione che se ne dà, e ciò che la conseguita fino all'applicazione della pena 3).

—

XI.

Del valore della formola, ritenuti i fatti espressi nella decisione.

1. Signori 4), il vostro arresto del 27 novembre 1840 nella causa di questo condannato, si servì delle stesse parole dell' art. 327 pr. pen. che vi obbligava all'annullamento. L'art. dice: *Se la definizione del reato è in contraddizione coi*

1) *Molles in calamitate mortalium animi.* Tac. ann. IV, 68.

2) V. I nn. VII a XX pag. 178. In questi nn. abbiam cercato di dare un comento pieno de' due art. 362 e 391.

3) Così fu deciso, servendosi però la corte suprema delle sole e precise parole dell'art. 327.

4) Conclusioni nella stessa causa del medesimo *Antonio Marotta* in secondo giudizio, 7 luglio 1841, De Luca comm., Nicolini m. p., Fr. Demarco avvocato.

—

fatti espressi nella decisione impugnata, la corte suprema pronunzierà esservi nullità nell' applicazione della legge, e quindi annullerà la sola definizione e l'applicazione della legge; e ritenuti i fatti espressi nella decisione, rinvierà la causa per nuova definizione di reato e per nuova applicazione di legge. E Voi diceste: *Annullata la definizione data dalla gran-corte criminale di Napoli al reato, e ritenuti i fatti espressi nella decisione, rinvia la causa alla gran-corte di Terra di lavoro per nuova definizione e nuova applicazione di legge.*

2. La gran-corte di Terra di lavoro ha creduto che *i fatti espressi nella decisione* non sieno che i fatti materiali risultanti sì da' processi-verbali de' reperti, dell'autopsia cadaverica e dello stato dei luoghi, e sì dagl'interrogatorii del reo e dal detto de' testimoni. Le induzioni congetturali che ne trasse il primo giudice, sono nulla per lei; tanto più che le parole delle mie conchiusioni, e *ritenuti i consideramenti ch'estimano i fatti*, non sono ripetute nel vostro arresto. Ella dice che non può giudicare con la coscienza altrui; e trae da quei fatti materiali altri argomenti ed altre congetture che la menano a credere che gli urti e le percosse del ricorrente sulla moglie fossero state tali, ch'ella sospintane prima ver la finestra, e poi premutane quivi più fortemente, cadde giù sulla strada. Dichiara dunque costui omicida volontario della propria moglie, e lo condanna alla pena di morte 1).

3. Non vi ha dubbio che nè de' fatti avvenuti in quel tristo mattino nell'interno della casa coniugale, nè delle loro cause e della loro fatale progressione, noi non abbiamo alcun testimone. Ve ne ha solo dell'affacciarsi di lei, senza che alle sue spalle fosse visibile il marito, e dell'agitarsi di lei medesima o gridare e cadere: il resto è induzione e congettura, secondo il sentimento interno del giudice, suscitato dall'indole delle persone, dallo stato de'luoghi, da'fatti precedenti e dagli interrogatorii dell' accusato. nello svolgimento delle pruove in pubblica discussione, ove *confirmat iudex motum animi sui ex argumentis quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit* 2). Ma perchè ciò ne risultasse, il giudice avea in pronto tutt' i mezzi possibili che dà la logica e la legge allo scuoprimento del vero: il reo era alla sua presenza per tutti i rischiarimenti di fatto; la ingenuità pronta delle risposte, o gli obbliqui avvolgimenti ne'quali ei poteva imbarazzarsi, la sua franchezza o tremore, le sue interiezioni, il suo stesso silenzio, davan luce alle pruove: oltre a che nella pubblica discussione si confrontano i testimoni tra di loro, possono chiamarsene altri, leggersi carte, ordinarsi novelli esperimenti. Tutti questi mezzi son negati al giudice di rinvio quando non dee far altro, che dar nuova definizione a' fatti stabiliti da altro giudice. Con qual sicurezza dunque egli potrebbe argomentar di nuovo su quei fatti, e trarne induzioni e congetture diverse da quelle del primo giudice.

4. Quando l'art. 327 dice, *fatti espressi nella decisione impugnata*, dice tutti quelli i quali accertati dal giudice del merito, si ritengono dalla corte suprema; cioè a dire sì i movimenti esterni che o direttamente si depongono di vista da'testimoni, o non veduti direttamente da alcuno, si argomentano dalle loro vestigia, e sì i movimenti interni che occulti fermentano sotto il petto, determinanti l'intenzione del reo e le disposizioni d' animo dell'offeso, ed anche i più remoti e segreti relativi alle cagioni dell' avvenimento. Quanti di questi sono stati espressi nella decisione, tanti debbono serbarsi intatti dalla nuova gran-corte, ed il debbono quali sono espressi nella decisione medesima.

5. Quando poi l' art. 327 dice *definizione*, non dice spiegazione delle idee delle quali un nome, è segno, ma *de finibus trahere, abs trahere*, trarre de'confini entro cui giacciono involti i fatti della causa, l' idea complessa di quella Ipotesi di legge, che quei fatti raccolga in un nome, in una frase, in una formola generale constituita per rappresentarli. Quindi la definizione de' fatti espressi in una decisione dà termine, è vero, alla quistione di fatto, ma essa è parte della quistione di dritto.

6. E da ultimo quando l' art. 327 usa

1) Art. 353 ll. pen.

2) L. 21, D. XXII, 5, *De testibus*.

tre volte, la frase *applicazione della legge*, l'usa or come voce di genere, esprimendo l'applicazione di entrambe le parti essenziali d'ogni legge, l'*ipotesi* e la *sanzione*, or come voce di specie, esprimendo o la sola *ipotesi*, o la sola *sanzione*. Nel definire i fatti, si applica l' *ipotesi*; nel condannare o assolvere, si applica la *sanzione*. Dire che la *definizione è in contraddizione de'fatti della causa*, è lo stesso che dire che l' ipotesi della legge applicata non trova in quei fatti tutte le sue condizioni; ed è in questo caso che *la corte suprema pronunzierà d' esservi nullità nell' applicazione della legge*. È dunque nullità di *applicazione della legge*, e non di procedura, l'errare nella *definizione*, la quale altro non è che l'applicazione della *ipotesi* della legge a' fatti della causa. L' art. poscia prosegue : *e quindi annullerà la sola definizione e la applicazione della legge*. Qui la frase *applicazione della legge*, è *nomen speciei*, ridotto alla particolar significazione della sanzion penale : imperciocchè l' *applicazione della ipotesi* è detta qui col suo nome proprio, *definizione*, e la voce di genere, *applicazione della legge*, qui non può significare che applicazione della seconda delle due parti integrali d'ogni legge, la quale dietro la dichiarazione e definizione d'innocenza è la libertà, e dietro quella di reità è la pena. La sanzione segue la definizione; e l'art. con le parole, *definizione, applicazione della legge*, indica ugualmente tanto il caso di reità in tutti i moltiplici suoi gradi, quanto il caso d' innocenza. Sempre dunque l'errore nell'applicazione della *ipotesi*, ugualmente che l' errore nell' applicazione della *sanzione* è errore *di dritto*; nella *sanzione*, perchè la libertà o la pena è della legge; nella *ipotesi*, perchè pur della legge è il nome in cui si risolvono stretti in una e compendiati i fatti della causa 1).

7. Che se vogliamo prendere di più alto il nostro ragionamento, io non posso a scrittor più grave di CICERONE ricorrere per comentare quest'art. 327. Egli distingue in ogni controversia, *quaestio translativa, quaestio facti, quaestio nominis, quaestio generis* 2). La *traslativa* è quella che noi diciamo o d'incompetenza e di rinvio, la quale trasporta la causa da un tribunale ad un altro, o è di azione che nega o dà l' andamento legittimo a questo o a quell'attore, o è di termini legali ch'esclude il giudizio per un tempo e lo rimette ad un altro. A ciò provveggono appo noi le leggi organiche e le leggi di procedura. La *quistione del genere* è quando accertato il fatto ed il nome, *quantum et cuiusmodi et omnino quale sit quaeritur* 3). Di queste due maniere di quistioni, la causa presente non dà luogo a ragionare. Le altre due le son proprie.

8. La *quistione di fatto*, quella ch' è rimessa al criterio morale del giudice, riguarda lo stato della cosa relativa al reato, e sì prima che il reato fosse commesso, e sì nell' atto ch'è commesso, e sì nelle sue conseguenze future. Quindi la discussione della pruova generica, la verisimiglianza de' testimoni, le congetture fatte sulla causa e sul reo, son tutte quistioni di fatto. *Facti quidem controversia in omnia tempora potest distribui: nam quid factum est potest quaeri; et quid fiat et quo animo fiat; et quid futurum sit. Et quoniam coniecturis causa firmatur, constitutio coniecturalis appellatur* 4). Questa quistione è risoluta appo noi con fissare quelli che chiamiamo *fatti semplici, fatti elementari, motivazione della quistione di fatto*. Essi son sottratti all' impero della corte suprema, perchè questa parte di decisione riguarda unicamente la convinzione de' giudici. *Le sentenze saranno motivate nel fatto e nel dritto*, dice l'art. 219 della l. org. 5). *Il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni, debb'essere espresso a pena di nullità nella decisione*, dice l'art. 293 pr. penale. *Non è soggetta a ricorso la parte che riguarda la convinzione dei giudici*, dice l'art. 292. Quindi la frase dell' art. 327 pr. penale, *fatti espressi nella decisione*, indica tutti quelli i quali stabiliti secondo il criterio morale del giudice, appartengono alla sua convinzione,

1) V. nella nostra *Pr. penale*, III, § 438 e 549.
2) CIC. *De inventione*. I, 8. — *Ad Herennium*. I, 11.
3) CIC. *De inventione*, I, 9.
4) CIC. *De invent*. I, 8.
5) Ch'è l'art. 236 l. org. sic.

e motivano la risoluzione della quistione di fatto 1).

9. La frase dunque dell' art. 327, *ritenuti i fatti espressi nella decisione*, indica tutta quant'è la costituzione di fatto, compresa la *congetturale* di cui parla Cicerone: essi sono *la parte della decisione che riguarda la convinzione de' giudici*. Disser essi che nella camera di quella sciagurata non eran altri che il marito, la moglie ed i loro fanciulli? È quistione di fatto. Dissero che gli animi de' due erano ingrossati per gelosie precedenti, nate dalla condotta poco lodevole della moglie? È quistione di fatto. Congetturarono la rissa di quella mattina, le percosse date con animo alieno dall'uccidere, il rapido correre che fè la donna alla finestra, e i suoi moti incomposti nell'affacciarsi e gridare? È quistione di fatto. E tale è pure il suo furioso sbilanciamento, da cui la sua caduta, e quindi la morte. Sopra tutto ciò la corte suprema non ha che dire, nè può a tai congetture, gravi o lievi che le sembrino, sostituire le sue. La legge se ne riporta alla coscienza della gran-corte, e non alla nostra: a lei sola è detto: *te ex sententia animi tui aextimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris* 2).

10. Per lo che quando son *ritenuti i fatti espressi alla decisione*, la gran-corte cui la causa è inviata, non può alterar questi, nè valutarli differentemente dalla prima gran-corte. Ella dee ritenere tanto i fatti particolari e *materiali*, quanto le induzioni e le congetture ed i giudizii di verisimiglianza e d'intenzione, fatti *morali* che si trovano già stabiliti 3). Uno è il fonte da cui può derivare la convinzione di fatto, ed è la pubblica discussione. Ivi *plurimum in excutienda veritate etiam vox ipsa, et cognitionis subtilis diligentia adfert: nam et ex sermone, et ex eo qua quis constantia, qua trepidatione quid diceret, vel cuius existimationis quisque in civitate sua est, quaedam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt* 4). Chi è che senza questi sussidii de' quali per la discussione pubblica è forte il solo giudice i cui fatti son ritenuti, chi può sulle mute carte presumer poi una miglior convinzione 5)?

11. Raccogliere però tutti questi fatti e compendiarli in un solo nome e formola di legge, è quello che Cicerone dice *definitio*, come lo diciamo pur noi, e *quaestio nominis*, come lo dice Locke, e come con molta filosofia il dicevano i retori antichi. *Nominis controversia est, cum de facto convenit, et quaeritur id quod factum est, quo nomine appelletur. Quo in genere necesse est, ideo nominis esse controversiam, non quod de facto non constet, sed quod id quod factum est, aliud alii videatur esse, et idcirco alius alio nomine id appellet. Quare in huiusmodi generibus definienda res erit verbis, et breviter describenda: ut si quis sacrum ex privato surripuerit*, utrum fur, an sacrilegus *sit iudicandus: nam id cum quaeritu necesse erit* definire *utrumque*, quid sit fur, quid sacrilegus, *et sua descriptione ostendere alio nomine illam rem de qua agitur, appellari oportere, quam adversarii* 6). Or questo è ciò che l' art. 327 chiama *definizione de' fatti espressi nella decisione.*

12. Tal definizione non è certo *in arbitrio iudicantis*, ma *legis auctoritati reservatur*. Imperocchè niun giudice può definire a suo arbitrio un fatto. In ogni legge penale il fatto con tutte le circostanze per cui meriti la libertà o la pena, è annunziato in *ipotesi* 7). La definizione del reato non è altro che dare un nome

1) V. i nn. XII a XXII, pag. 737 che contengono il trattato della motivazione della quistione di fatto. Nel n. XIII, § 13, si numerano tutte le legalità, cioè a dire le condizioni di legge che, a pena di nullità, restringono il libero convincimento del giudice.

2) L. 3, § 2, D. XXII, 5, *De testibus*.

3) L'antica corte di cassazione usava le frasi, *ritenuti i fatti semplici*, *ritenuti i fatti elementari*. Qualche corte di rinvio credette dover ritenere i soli *fatti materiali*, sì che le induzioni e le congetture *intentio, et depulsio intentionis*, come dice Cicerone) le quali il fôro chiamava *fatti morali*, rimanessero in arbitrio del nuovo giudice. Ma la corte di cassazione riprovò l'errore nella causa di *Benedetto Viscione*, 21 gennaio 1813, Fortunato comm., Poerio m. p. — Suppl. alla coll. delle ll. n. 40. — Per evitare ogni equivoco, la nuova legge non disse *fatti semplici*, nè *fatti elementari*, ma *fatti espressi nella decisione*, frase che abbraccia tutti i fatti sì *materiali*, che *morali*.

4) L. 10, § 5, D. XLVIII, 18, *De quaestionibus*.

5) V. *supra* in questa stessa concl. il § 3.

6) Cic. *De invent*. I, 8, 11, 17.

7) V. *omnino* il n. XVI pag. 759 di queste *Quistioni*.

di legge, un titolo legale a' fatti stabiliti nella causa, e darlo ad essi con le parole di quella ipotesi di legge la quale si è avverata contro del reo. Se ne' fatti elementari si dice che il tale ha involato dalla sagrestia un vase sacro alla tal ora, nel tal modo, con le tali circostanze, *fur est, an sacrilegus* 1)? Questa quistione non è che del nome; e si risponde che la sagrestia fa parte integrale del tempio: dunque egli è sacrilego 2). Se il tal altro in ora in cui non si celebrano le sacre funzioni ha involato dalla chiesa un laccio, un merletto, una tovaglia, ovvero se ha involato oggetti maggiori in cappella sita in casa privata, ove non si dà accesso libero al pubblico, qual nome legale darassi al primo, quale al secondo fatto? È chiaro in tal casi, che nè questa cappella è tempio 3), nè quegli oggetti sono sì sacri come vuole la legge 4). Dunque l'uno e l'altro accusato è ladro, non sacrilego. Le quali quistioni di nome son tutte di dritto, perchè vi si tratta dell' applicazione della prima parte d' ogni legge, qual è l'*ipotesi*, come che l'applicazione di questa sia conseguenza del fatto, ed al fatto appartenga. Questo è ciò che disse Gotofredo: *ius in facto et facti cognitione est positum* 5): n'è la conseguenza legale, e questa deve essere scritta con le parole stesse della ipotesi della legge penale, prima parte di ogni articolo di essa, come la libertà o la pena n'è la seconda 6).

13. Che ciò non si avvera soltanto nella dichiarazione di reità: si avvera pure nella dichiarazione d' innocenza. Nel caso che non la reità, ma l' innocenza si scuopra nella pubblica discussione, la legge ha pur la sua formola 7) con cui dee chiudersi la quistione di fatto: *consta che l' accusato non abbia commesso il tal reato* 8). Or se una gran-corte debba a-

1) È l'interrogazione di Cicerone nel passo da noi sopra trascritto al § 11.

2) Arresto del 2 luglio 1834, nella causa di *Giuseppe Volpe*, Montone comm., Nicolini m. p.— Del 2 luglio 1834 nella causa di *Antonio Carluccio*, Montone comm., Nicolini m. p. — Del 13 genn. 1836, nella causa di *Gio. Picicco*, De Luca comm., Nicolini m. p. — Del 21 marzo 1836, nella causa di *Stefono Tedone*, Montone comm., Nicolini m. p

3) Condizione del *tempio* a' termini dell'art. 97 delle ll. pen. non è già la magnificensa dell'architettura di Michelangelo, ma ch'ei sia al culto divino consacrato, sì che il popolo vi abbia libero acceaso sensa bisogno di ottenerne liceuza da alcun privato. Arresto del 15 nov. 1839, nella causa di *Giuseppe Lanzetta*, De Luca comm., Nicolini m. p.

4) Arresto del 26 settembre 1832, nella causa di *Donato Moscariello*, Longobardi comm, Nicolini m. p.—Del 30 novembre 1832, nella causa di *Anna Maria Lombardi*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — Del 29 settembre 1837, nella causa di *Giuseppe Focchino*, lo stesso commessario e ministero pubblico.

5) Ad l. 52, § 2, D. IX, 1, *Ad legem aquiliam*. V. la nostra *Proc. pen.* III, § 543, anzi tutto il cap. dal § 521 al 553.

6) V. *sup.* in questa concl. il § 6. — Ciò è spiegato ampiamente nel cap. sopra citato della nostra *Pr. penale* (III, § 521 a 553). Ivi abbiam fatto conoscere quanto impropriamente alcuni vogliono applicare le teorie regolatrici del *giurì* francese ai nostri giudizii di fatto. Quivi il *giurì* risolve tutta la quistione del fatto in un fiato con la definizione del fatto: *si l'accusoto è colpevole di aver commesso il misfatto con la tale circostansa*: il giudizio di fatto vi è tutto nella definizione, ed i fatti elementari di esso rimangono chiusi nel petto dei giurati. Noi crediamo poco logica e troppo arbitraria questa commistione del fatto e della definisione del fatto. Il fatto è nella convinsione del giudice, ed in ciò quel ch'è detto de' giurati di Francia, può essere applicato (benchè con molta riserba) a noi. La definisione è della legge, e quindi esce dalla sfera del giudizio di fatto. Noi richiediamo nelle cause penali quello stesso che si richiede nell'astronomia, nella nautica, in tutte le sciense e le arti necessarie alla vita. I fatti si desumono da' fenomeni osservati, e dalle apparenze vedute da' dotti e dagl'indotti. Ma il corpo p. e. in cielo osservato nella tale o tal altra guisa, con la tale o tal altra direzione e striscia luminosa, è egli cometa, o stella, o vapore acceso e fugace? È *quaestio nominis*: non può deciderla che l'uomo della scienza. — V. la nostra *Pr. penole*, III, § 527 a 540.

7) *Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae .. Ut sine errore dijudicare possimus, formulo quoedam constituenda est, quam si sequemur in comparatione rerum, ab officio numquam recedemus.* Cic. *De Off.* III, 4.

8) Art. 277 pr. pen. — Dietro la pubblica discussione sostituire al *consta che non*, la formola, *non vi è luogo a procedimento penale*, è nullità. Arresto del 24 settembre 1834, nella causa *Scola* e *Cepparulo:* ne daremo appresso la conclusione. E l'errore è di dritto, perchè nel definir i fatti dai quali risulta distrutta l'accusa, la legge vuole la formola, *consta che non*. Quando però i *fatti espressi nella decisione* dan luogo a dubbio, ovvero sieno contraddittorii tra di loro, o vi è nel raccogierli nullità di rito, la corte suprema annulla tutta la decisione. Quando poi i fatti espressi sono chiari e concordanti fra di loro, e particolarmente quando se ne termina la numerazione con un giudisio

vere nella esposizione ed estimazione del fatto escluso ogni dubbio di reato commesso; dopo aver detto di esser convinta che *nihil iste nec ausus, nec potuit* 1), chiudesse la quistione di fatto, non con la formola, *consta che non* 2), ma con un'altra che non esprima chiara la mente della legge, o non l' esprima con le sue parole, ben possono *ritenersi i fatti espressi nella decisione*, e rinviar la causa ad altro giudice per migliore definizione 3). Così avviene nelle decisioni di condanna aggravata per qualche qualità o condizione. Quando la dichiarazione di reità, o sia la definizione, non faccia menzione di queste qualità, benchè se ne faccia ampio ragionamento ne' fatti elementari, allora ritenuti i fatti elementari, si annulla la sola definizione di essi, ed il nuovo giudice la rifà secondo il voto della legge 4).

14. Nè potrebbe ei dire che con questo

esplicito d' innocenza, allora niuna legge vieta di ritenere i fatti, e rinviare ad altro giudice, ond'ei rifaccia la definizione a' termini dell' art. 277: è *quaestio nominis*, o sia quistione della *formola* con cui debbonsi definire e chiamare quei fatti. E veramente sarebbe strano, che quando i fatti di reità non sone definiti col loro nome legale (*parricidio volontario, omicidio scusabile da provocazione per percossa grave* ec. ec.) possa abbreviarsi il giudizio, *ritenuti i fatti*, e quando i fatti d'innocenza hanno una definizione diversa dalla legale, debba rescindersi tutta la decisione, rimanendo il reo fra i palpiti e le ansietà di tutto il giudizio. So fosse ciò, i colpevoli sarebbero in alcuni casi trattati meglio degl'innocenti, il che è assurde.

1) Virg. *Aen.* IX, 428.

2) Se però la formola fosse, *non consta*, non parmi d'incerto dritto che prodotto ricorso per l'inesattezza di questa, come ella è formola interlocutoria, non definitiva, così il ricorso debba dirsi *irricevibile per ora*, benchè la nullità sia evidente. Scossa intanto la corte suprema a sì fatta evidenza nella causa di *Luigi Però*, non seguì le mie conclusioni per la *irricevibilità* del ricorso, nè ritenne i fatti espressi nella decisione, perchè in contraddizione a molti art. di rito, ed annullò dall'atto di accusa in poi. Arresto del dì 16 settembre 1839, Celentano comm., Nicolini m. p., Dom. Tartaglia avv. dell' accusato. — La nuova gran-corte nel giudizio di accusa raccolse nuovamente i fatti risultanti dalla instruzione, e li definì, *non essere dolla legge qualificati reato, e la innocenza dell'imputato risultar chiaro dagli otti*, a' termini dell'art. 145 pr. pen. Definito così il fatto secondo l'ipotesi dell'art. 145 e con le parole dello stesso, ne applicò la sanzione, pronunziando la libertà dell' imputato, e vietando ogni ulteriore procedimento.

3) Nella causa per la quale noi demmo le conclusioni pubblicate al n. XIII, pag. 577 di queste *Quistioni*, la gran-corte di rinvio giudicò l'accusato dietro pubblica discussione, e dopo aver detto in chiudere i fatti elementari, che la innocenza di lui risultava chiara da tutte lo pruove, non definì i fatti da lei stabiliti con la formola dell'art. 277, *consto che non*, propria della pubblica discussiono, ma obliando questa, conchiuse cun la formola dell'art. 145, propria del giudizio di sottoposizione all'accusa. Attaccata la decisione dal pubblico ministero, si osservò che i fatti espressi nella decisione erano concordanti fra di loro, nè offrivano alcuna dubbiezza, nè vielazione di rito, ceme nelle cause *Cepparulo* e *Però* (V. la nota precedente, e *sup.* § 13 alla *noto*): il difetto ora solo nella inesattezza, della formola terminativa, scambiando quella dell'art. 277 nell'altra dell'art. 145: *quoestio nominis*, o sia quistione mera di dritto, perchè si trattava di applicazione della legge, tanto per l'ipotesi, quanto per la sanzione (V. *sup.* § 6). Ritenne dunque la sola parte che riguardava i fatti espressi nella decisione, ed annullò il rimanente, rinviando la causa, affinchè la nuova gran-corte, *ritenuti i fatti stabiliti nella decisione, emettesse la dichiarazione competente a' termini della legge.* Arresto del 4 febbraio 1842, De Luca comm., Longobardi m. p., Eugenio Rafaelli e barone Poerio avvocati del resistente al ricorso, Gius. Marini-Serra, avv. della parte civile. — La gran-corte di rinvio nel 16 nov. 1842, ritenuti i fatti, li definì con la formola dell'art. 277, *consta che non*. — Il ricorso avverso quest'ultima decisione è stato dichiarato *irricevibile*. — V. appresso al n. XX, tutta la teoria relativa alla dichiarazione d' innocenza, ove il difetto sia nella *definizione*.

4) Ad onta dunque che ne' consideramenti di fatto esprima il giudice la sua convinzione che il tale abbia ucciso il suo nemico per disogno formato prima dell'azione, la definizione deve essere: *consta che l'accusato abbia commesso omicidio volontario premeditato.* È vero che la frase, *omicidio premeditato*, include la volontarietà; ma il dire *omicidio volontario* non include la *premeditazione*, nel qual caso si annulla, *ritenuti i fatti espressi nella decisione*. V. il n. XVIII, § 31 e 42 pag. 226 di queste *Quistioni*. — Così pure se ne' consideramenti di fatto si esprime che il tal reo è un uffiziale pubblico, circostanza personale che aggrava la pena, ma nella definizione si obblia questa qualità, allora la corte suprema, ritieno i fatti elementari, ed annulla la decisione. Arresto del 26 novembre 1838 nella causa di *Fr. Paolo Giordano*, Montone com., Nicolini m. p. — E così se ne' fatti elementari si esprime la deliberazione di mettere le mani empie sopra del padre, ma la definizione non dice *omicidio volontario qualificato parricidio*, ella è annullata, perchè l'*ipotesi* dell' art. 348 ll. pen. dice: *l'omicidio volontorio è qualificato parricidio, quando* ec. Allora si ritengono i fatti espressi nella decisione. Arresto del 10 dicembre 1838, nella causa di *Domenico de Capua*, Montone comm., Nicolini m. p., benchè il m. p. in questa omessione della parola *volontario* nella definizione non avesse trovato nullità tanto evidente. V. il d. n. XVIII, § 31, pag. 226 di queste *Quistioni*.

sistema il fatto diventerebbe il risultamento di due coscienze, quasi che fosse giudicato da due giudici. I fatti non sono stabiliti che da un solo: la conseguenza formolaria è della legge, e ben può essa da altro giudice essere apposta. È vero che l'art. 327 dice, *nuova definizione del reato*, e talvolta sarebbe definizione d'innocenza; ma è antica massima: *nemo qui condemnare potest*, *absolvere non potest* 1), e tutte le volte che la legge parla di *definizion di reato*, non vuol intender altro che definizione del fatto accusato già come reato, la quale nel giudizio di sottoposizione all'accusa può essere: *l'innocenza risulta chiara dagli atti*, ovvero: *ne risulta sufficientemente fondata la reità dell'accusato*, e nel giudizio dictro discussione pubblica, può essere: *consta che non*, ovvero: *consta che ha commesso*, ecc.

15. La parte dunque della decisione che contiene la estimazione de'fatti e delle pruove, non è giudicata che da una sola coscienza; anzi sarebbe giudicata da due, se potesse sostenersi che un giudice può raccogliere i fatti, ed un altro estimarne il valore. Nè a ciò fan contrasto gli art. della procedura penale i quali chiamano *quistione di fatto* tutta la prima parte d' una decisione, e riuniscono in questo solo nome tanto i fatti materiali della causa, quanto l' applicazione della ipotesi della legge, mentre chiamano *quistione di dritto* la sola applicazione della sanzione 2). Abbiam notato (*sup.* § 6) che lo stesso art. 327 usa la frase *applicazione della legge*, prima come *nomen generis*, e poi come *nomen speciei*. E così pure la frase *quistione di fatto*, ora è nome di genere, ora è di specie. È di genere, quando comprende sì i fatti risultanti dalla instruzione o dalla discussione pubblica, e sì la loro risoluzione la ipotesi della legge, la quale non è altro che un caso ed un fatto dalla legge stessa preveduto, ma marchiato col sigillo di un nome che compendia in sè, come nome d'idea complessa, tutti i fatti della causa, e lor dà l'impronta legale e la legal definizione. Questi sono i fatti accertati in tutti i loro particolari; quella è la loro unione e la somma: gli uni e l'altra decidono la quistione di fatto; gli uni esponendone minutamente lo stato, l'altra risolvendoli in una formola. E perciò in quegli art. medesimi sotto la frase *quistione di fatto*, qual prima parte d' ogni decisione, si comprendono ed il fatto dal quale deriva la risoluzione della quistione 3), e la risoluzione medesima 4). Ma quando si parla di accettare i fatti *ex animi sententia*, allora si sottrae alla censura della corte suprema la sola parte della quistione di fatto che riguarda la convinzione de' giudici 5): l' altra parte ch'è la risoluzione de'fatti nella ipotesi di legge, o sia l'appligazione dell' ipotesi, è soggetta a censura, perchè non riguarda più il criterio morale secondo la coscienza del giudice di fatto, ma il criterio legale d'ogni applicazione di legge 6). Qui dunque la frase *quistione di fatto* è nome di specie, ristretto a ciò ch'è rimesso alla logica ed alla coscienza della gran-corte. Giusto è che i fatti sieno accertati da una sola gran-corte, essi non posson esserlo in parte da una, ed in parte da un'altra. Ma la seconda parte che suppone la interrogazione: *in quale ipotesi di legge quei fatti accertati si risolvono*? questa seconda parte è soggetta alla censura della corte suprema; e tal definizione, o che sia di dichiarazione di reità, o che sia d'innocenza, può esser rimessa ad altra gran-corte, come ogni altra quistione di applicazione di legge. La legge stessa per non far dubitare che parli sì di condanna, e sì di assoluzione, dice: *applicazione della legge*, non *applicazione della pena* 7).

16. Per le quali cose al giudice di rinvio in questa causa non apparteneva affatto il trarre da'fatti materiali nuovi argomenti, nè stabilire nuove congetture. Se sembra a lei inverisimile che senza un urto fisico sulla finestra, la donna non avrebbe potuto caderne; se il non esser veduto il marito alle spalle di lei quando ella precipitò dall' alto, non esclude che

1) L. 37, *De reg. iuris*.
2) Art. 273, 274, 277, 288, 292, 293 pr. penale.
3) D. art. 293 pr. penale.
4) D. art. 277 e 288 pr. penale.
5) D. art. 292 pr. penale.
6) Art. 327 pr. penale. — V. *sup.* § 6.
7) V. nella nostra *Pr. penale* I, § 414, 417, 422, 423, 461, 462, 463, 737. — III, 444, 525, 552, 1110, 1313, 1318, 1324. — V. *infra* il n. XX.

al di lei affacciarsi ei si fosse curvato dietro alzandola pei piedi; se l' altezza della finestra qual è descritta da' periti, non rende probabile la perdita di equilibrio senza violenza altrui; tutta questa disquisizione di fatto era vietata a' nuovi giudici: costoro dovevano stare a ciò che ne sentirono i primi. Entrare in queste congetture ed induzioni è un *eccesso di potere* 1): il loro solo ufizio era di dare il nome legale a'fatti espressi nella decisione con una delle formole dell'art. 277 pr. penale.

17. Richiedo dunque che si annulli la impugnata decisione della gran-corte criminale di Terra di lavoro, e che ritenuti i fatti espressi nella decisione della gran-corte di Napoli, cioè tanto i fatti materiali, quanto la loro estimazione, si rinvii la causa ad altra gran-corte criminale per nuova applicazione di legge, cioè tanto per nuova applicazione dell'ipotesi che risolva con più legale definizione la quistione del nome, quanto per nuova applicazione della sanzione che a questa definizione corrisponda 2).

XII.

Della forma delle decisioni da pronunziarsi in grado di rinvio, quando sieno stati ritenuti i fatti espressi nella prima decisione.

1. Signori 3), sono stati per la seconda volta condannati alla pena di morte *Maria di Germanio* e *Francesco Mazzoni*, l'una per aver propinato il veleno che uccise la moglie di costui, l'altro per aver dato commessione sì rea. La prima condanna presentava imperfettissima la definizione del reato: *consta che F. Mazzoni abbia commesso reato di complicità nel veneficio*. Ma quale delle quattro ipotesi di complicità, a'termini dell'articolo 74 delle ll. penali, si era avverata in *Mazzoni*? La gran-corte criminale nol disse. All'incontro la sanzione penale di morte è attaccata ad alcune di queste ipotesi, non a tutte. E pure per conoscere in quale di queste si risolvesse il fatto, bastava leggere la motivazione. Ivi era espresso il malvagio animo del *Mazzoni* verso la moglie, e la sua tresca segreta con la *di Germanio*, ed i voti loro colpevoli di unirsi in matrimonio togliendosi d' innanzi la prima moglie, e la facilità che la druda avea di somministrar cibo e bevanda alla infelice tradita, e la instigazione dell' iniquo a mescervi l' arsenico, dandolene nuovi mezzi ed indicandole il luogo ed il tempo. Voi perciò riteneste i fatti espressi nella decisione, ma ne annullaste la definizione, e la conseguitante applicazione della pena 4).

2. Non è già che la gran-corte di rinvio avesse anch'ella errato nella sua nuova definizione. Ma nel nuovo ricorso si presenta da' condannati tal motivo di annullamento per forma, che merita tutta la vostra attenzione.

3. Ogni decisione, dice l' articolo 219 della l. organica, dev' essere motivata in fatto ed in dritto. Il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni, dice l'articolo 293 pr. penale, debb'essere espresso, a pena di nullità, nella decisione. La decisione d' una gran-corte in grado di rinvio non è esclusa da questo dovere: in essa e non altrove, dee trovarsi tutto il fatto dal quale deriva sì la risoluzione della quistione del nome di legge con cui si chiama il reato, e sì la risoluzione della quistione della pena che a tal definizione conviene. I fatti dunque espressi nella prima decisione, quando son ritenuti dalla corte suprema, debbon essere nuovamente e letteralmente trascritti nella decisione seconda, ed insieme con la definizione nuova e con l'applicazione

1) V. la nostra *Pr. penale*, III, § 113 e segg.

2) Così è stato deciso. — La nuova gran-corte dichiarò applicabili le ipotesi degli art. 375 e 376 delle ll. penali, e definì il reato, col dare ad esso il nome *d'imprudenza da cui derivò la caduta e la morte*. V. i num. IV e V pag. 173.

3) Nella causa di *Maria di Germanio* e *Francesco Mazzoni*, 9 giugno 1834, Celentano comm., Nicolini m. p., Dom. Tartaglia avv. de' ricorrenti.

4) Arresto del dì 8 luglio 1833.

della pena formarvi un solo contesto 1).

4. Di fatti la seconda decisione, e non la prima, debb'esser portata all'esecuzione: tutto ciò che la legge vi crede necessario, debb'esservi espresso e distinto a parte a parte; e nulla debb' ella avere che si rapporti ad altro atto: finanche il testo della legge applicata non può semplicemente citarvisi, benchè ad ognuno sia nota la legge, ma dev'esservi per intero trascritto 2).

5. Or la gran-corte di rinvio è stata contenta alla sola frase, *ritenuti i fatti espressi nella prima decisione*. E quali sono questi fatti? Dovrà forse congiungersi alla nuova decisione un esemplare dell' antica? Il fatto ritenuto con le sue valutazioni ed induzioni particolari, diventa il fondamento e la motivazione della nuova definizione, come la nuova definizione lo è della condanna. E tal definizione e condanna rimarrebbero senza base propria, se dovesse questa andarsi ricercando fra gli atti d' un' altra gran-corte. Io dimando perciò l' annullamento di tutta questa decisione, ed il rinvio della causa ad altra gran-corte, perchè ritenuti i fatti espressi nella prima decisione, come elementi, e motivazione presente delle quistioni che ha dovuto risolvere, non solo definisca nuovamente il reato ed applichi la pena, ma ne pronunzii e pubblichi una decision completa ai termini della legge 3).

XIII.

Quando in vece di annullare una parte della decisione, giovi disapprovarne solamente qualche consideramento.—Frode, *art. 430 e 433 ll. pen.*

1. Signori 4), per *frode qualificata* condannato il ricorrente dal giudice correzionale al secondo grado di prigionia, ne appellò alla gran-corte criminale; e quivi ha ottenuto, che il suo reato fosse definito *frode semplice*, e la sua condanna ridotta a pena di semplice polizia. Nè di ciò è contento. Anzi sorge a favor suo lo stesso procurator generale del Re presso la gran-corte. — Entrambi sostengono che il fatto, qual trovasi espresso da'giudici, non trovi nome fra i reati, e che perciò l'azione la quale ne nasce, sia puramente civile.—Ne producono ricorso alla corte suprema.

2. Il fatto espresso nella sentenza, di poco alterato nella decisione, è il seguente. — Il cav. *Bicilli*, residente in Pietroburgo qual consigliere aulico di S. M. lo imperatore di tutte le Russie, nel 1810 constituì suo procuratore in Napoli il sig. *Duramani*, onde abilitar costui a riscuotere un suo credito in un giudizio di graduazione in Terra d' Otranto. Mandato sì fatto, se non fosse stato ricevuto nè accettato, non avrebbe obbligato il mandatario 5): accettato, facea costui risponsabile sino al dolo, anzi sino alla colpa 6). La forza dunque e gli effetti di questo contratto, risiedono principalmente nella accettazione. E *Duramani* è convinto di averlo accettato, e di aver ricevuto le carte del credito per farle valere in giudizio.

3. Nondimeno più lustri trascorsero inutilmente, sì che il mandante fu costretto nel 1828 a rivocar la procura. Città dunque *Duramani* innanzi al tribunal civile; e facendo uso della facoltà che gli accordava l'art. 1876 delle ll. cc., chiese la restituzione delle carte, e particolarmente della copia autentica della procura. *Duramani* non rispose, e chiamato dal prefetto di polizia, negò di aver ricevuta mai, non che accettata, la procura. Ma il mandante gli mostrò carte tali, che l'accettazione ne apparia manifesta; ed egli benchè convinto, persistette nel niego.

1) Della forza e significazione della frase antica, *uno contextu*, abbiam ragionato nella nostra *Pr. penale*, II, § 279, III, § 452, 962, 1034.

2) Art. 294 pr. pen. — V. il n. XXIV, § 1, pag. 147 di queste *Quistioni*.

3) Così è stato deciso.

4) Conclusioni nella causa *Duramani* e *Bicilli*, 29 agosto 1832, Longobardi comm., Nicolini m. p., Gius. Marini-Serra avv. della parte-civile.

5) Art. 1856 ll. cc.

6) Art. 1864 ll. cc.

4. Su questi fatti venne instituito un giudizio correzionale. Il giudice regio, dopo averli così stabiliti, li ha definiti, *distornazione* o *dissipazione a danno del proprietario di scrittura che contiene e produce obbligazione, col peso di farne un uso determinato, e con l'incarico di ripresentarla*. Questa è l'ipotesi dell'articolo 433 n. 4 delle ll. penali. Che un atto di procura sia scrittura che contiene obbligazioni, è chiaro nelle leggi civili da tutto il titolo, *del mandato*. Che accettato produca gravi obbligazioni del mandatario, nè solo sino al dolo, ma anche sino alla colpa, è chiaro dall'art. 1864 (*sup.* § 2). Che tra queste obbligazioni la prima era di farne l'uso determinato a riscuotere il credito innanzi al tribunale di Lecce, è chiaro dall'oggetto spiegato nel mandato, e dagli art. 1859 e 1863. Che il mandatario era nel dovere verso il mandante di ripresentargli, ad arbitrio di costui, le scritture, è chiaro dall'art. 1876, il quale in caso di rivocazione astringe il mandatario a restituire o l'originale della procura, se ne fu la consegna in tal forma, ovvero la copia, se ne fu conservata la minuta. Che in fine il mandato e le carte fossero state distornate o dissipate, è un fatto che risulta dal niego ostinato di ripresentarle. *Distornare* è distrarre e sviare dal suo scopo, ed anche cancellare: *dissipare* è dissolvere, disperdere, mandare a male, distruggere. Chi dovendo ripresentare una carta, affidata per uso determinato, nol vuole, costui certamente o l'ha dispersa o l'ha distrutta o almeno la rende inutile al suo scopo. Se ciò fosse avvenuto per disgrazia, *Duramani* l'avrebbe detto. L'*ipotesi* dunque dell'art. 433 n. 4 si è in tutte le condizioni sue verificata nella causa, ed il nome di legge dovuto a questi fatti, quando essi riuniscansi insieme in un solo concetto, è di *frode qualificata*. Il giudice regio par che avesse ben definito il fatto accusato 1).

5. Ma in grado di appello si è opposto dal reo, I, che poco fondata sulle pruove era la convizione del giudice relativa all'accettazione, e II, che data anche questa, non per ciò n'emergeva la frode, perchè ogni frode suppone un lucro che abbia fatto o che voglia fare il frodatore. Il ministero pubblico presso la gran corte di appello, rigettato il primo assunto del reo negante l'accettazione, ha con lui sostenuto il secondo, relativo alla mancanza del lucro.

6. Nè più in corte suprema può parlarsi del primo: è un giudizio di fatto, perchè la gran-corte ha ritenuta in fatto l'accettazione; e quindi non vi ha dubbio che la carta non solo contenga, ma produca obbligazione. — In ordine al *lucro* che negano ed il reo ed il ministero pubblico, la gran-corte lo riduce nel fatto a cosa ben lieve, ma in dritto sostiene quel che dice la legge. *Lucro* non è il solo guadagno pecuniario, ma è ogni dritto che si acquista, ogni mezzo per respingere un'azione e sottrarsi da una obbligazione, ogni spezie di utilità, ogni allontanamento di pericolo o di danno 2). Dimostrata l'accettazione della procura, *Duramani* sarebbe stato tenuto non solamente per lo dolo, ma anche per le colpe commesse o nella esecuzione o per la inesecuzione del mandato; e certamente è un utile e lucro quel ch'ci si aspettava da'suoi sforzi di farlo credere non accettato, ond'evitare un giudizio che compromette non solo la borsa, ma anche l'onore, qual è il giudizio che può sperimentarsi contro un mandatario neghittoso o infedele.

7. Se non che la gran-corte considera che tanto la procura, quanto le altre carte sono copie di documenti pubblici, de'quali si possono estrarre all'uopo quante altre copie si vogliono; e perciò non le sembra esser questa la *distornazione* e *dissipazione* delle quali parla il n. 4 dell'art. 433 delle ll. penali, ove la gran-corte immagina la condizione che il danno sia irreparabile. Ma ella è immemore che la condizione dell'art. è generale nè soggetta a questa restrizione, e che, se copie d'atti autentici furon date, ancorchè il mandante o un notaio ne conservi l'o-

1) V. il n. XVI, pag. 759 di queste *Quistioni*.

2) L. 14, D. IV, 3, *De dolo malo*. — L. 31, in fin. D. XLVIII, 10, l. 20, C. IX, 22, *Ad leg. corn. de falsis*. — L. un. C. IX, 25. *De mutatione nominis*. — PAUL. sent. I, 12, § 3. — *Pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possunt*. L. 181, *De verb. sig.* — *Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam iura continentur*. L. 222, *De verb. sign.*

riginale, queste copie per l'appunto è obbligato il mandatario a restituire a'termini dell'art. 1876 delle ll. civili. Conseguenza di così illegale consideramento che misto a'fatti turba la limpida esposizione di essi presentata già dal giudice regio, è che la gran-corte cangi il nome di legge dovuto al reato, e lo chiami *frode semplice*, non *qualificata*.

8. Il condannato ne ricorre; ed è inutile intrattenerci sull'accettazione. Ripetiamo che questa è pura quistion di fatto, perchè la gran corte dice: « *Considerando* che s'ignora da qual cagione fosse « stato indotto *Duramani* nell'essere negativo: havvi però il fatto di essere stato « procuratore, di aver ricevuto la copia « della procura, e di aver ciò negato. »

9. Per ciò che riguarda il *lucro*, se *s' ignora la cagione* del niego (dicono il ministero pubblico ed il condannato) come può asseverarsi che questa cagione fosse stata l' intenzion di lucrare? — Ma qui non s' ignora il disegno di un lucro; se ne ignora solamente la specie, cioè se fosse stato per sottrarsi a responsabilità di corruzione, ovvero di negligenza. Ma anche negli altri reati spesso avviene, che la cagion particolare se ne ignori dal giudice. Ciò non vuol dire che il reo abbia agito senza cagione; nè è vietato che un omicidio p. e. si definisca volontario, quando tutto dimostri che siasi agito, non per demenza o furore, ma con animo deliberato e conscio di sè, benchè s' ignori se livore od altr' odio lo mosse 1). Certo è che *voluntatis est suscipere mandatum*, *necessitatis consummare*. Nulla fece *Duramani* per eseguire il mandato. S' ignori pure se ciò sia stato per negligenza, ovvero per corruzione. Per fermo, s' egli non è mentecatto, il desiderio di salvarsi dalle conseguenze della sua obbligazione lo indussero al niego, e questo è il vantaggio, questo è il lucro ch' egli ne sperava (§ 6).

10. Or non appena che il fatto così stabilito si risolve nell' ipotesi di un articolo di legge penale, è assurdo il volere cangiare l' azion penale che ne nasce, in pura azione civile. Ben trovo contrario alla legge il consideramento della gran-corte che da reato degno del secondo al terzo grado di prigionia, trasforma il fatto in *frode semplice* degna di pena di semplice polizia (§ 7). Il ricorso però del pubblico ministero non è nel fine di aggravar la pena del reo, ma nel fine di scioglierlo da ogni pena. La stessa parte-civile, contenta al ristoro de' danni-interessi che le sono stati attribuiti, non fa che resistere a' due ricorsi. Io dunque non posso chiedere l' annullamento nell' interesse delle parti.

11. Nè il posso nell' interesse della legge, ritenendo i fatti espressi nella decisione; perchè ritenuti questi fatti, essi trovansi alterati alquanto ne' consideramenti che parlano del *lucro* (d. § 7), tal che mal potrebbe il novello giudice trarne la definizione di legge senza distruggere lo stabilito concetto, cosa che non potrebbe senza nuova e piena discussione eseguirsi 2).

12. Richiedo dunque il rigettamento de' due ricorsi, e richiedo la disapprovazione del consideramento che asserisce la soppressione della procura e delle carte qual è avvenuta, non essere la distornazione o distrazione di cui parla l' art. 430 n. 4 delle ll. penali 3).

—

XIV.

Il niego del pegno apre adito alla competenze penale per frode.

1. Signori 4), mal vecchio delle città grandi è l'usura, diceva un antico; sì che dove al ben pubblico l' interesse privato fa guerra, invano con la legge se ne son

1) V. il n. XI pag. 565 di queste *Quistioni*.

2) V. il n. VIII, § 28, pag. 532 di queste *Quistioni*.

3) Così venne deciso. — Varie quistioni intorno alla *frode* sono state agitate precedentemente, e nel n. XXII pag. 779. Al n. VIII, § 22 pag. 532 è citata la causa di *Carolina de Rosa*, di cui, per le quistioni che vi son trattate, non è vano riportare qui appresso le conclusioni.

4) Nella causa di *Carolina de Rosa*, 30 luglio 1832, DI GIOVANNI comm., NICOLINI m. p.

—

represse le frodi: queste sempre con più sottili malizie risorsero 1). Esempio n'è l'onest' uomo, che vittima di usurai cui le domestiche sue sventure l'obbligarono a ricorrere, resiste innanzi a voi ad un ricorso, il quale se fosse ammesso, darebbe compimento alla sua rovina, e renderebbe legittima l'immoralità e la mala fede 2).

2. Un tal *Merizio* e sua moglie *Carolina de Rosa* erano già infami per pravità usuraria. Cadde nella loro rete un tal *Bellinfante* la cui fortuna era al verde: costui n'ebbe qualche somma, ed in favor del solo *Merizio* soscrisse cambiali pel triplo, ed oltre a ciò ad ambi diè in mano alcuni oggetti preziosi per pegno. Le cambiali vennero protestate. Condannato il debitore dal tribunal di commercio, ridomandò il pegno, il quale gli fu negato. Si volse allora alla querela di frode, fondata per l'appunto sul niego di ripresentare oggetti dati per uso determinato.

3. Morto *Merizio*, rimase la moglie erede di lui. Interrogata costei, negò ostinatamente la ricezione del pegno. Il giudice instruì il processo con pruova testimoniale, e la citò in giudizio per la frode dedotta contro di lei.

4. Tre eccezioni ella produsse. — Sostenne con la prima, che non ella, ma il marito era scritto qual creditore nelle cambiali; e che se avesse potuto nascer dal fatto azion penale, questa avrebbe dovuto spiegarsi contro di lui, e non contro di lei: le azioni penali si estinguono colla morte del reo, nè passano agli eredi. — Disse con la seconda, che il giudicato del tribunal di commercio avea posto fine alla controversia; che quivi il reo convenuto avea pur opposto il pegno; e che rigettata questa eccezione, come *quella che si riduceva a semplici assertive*, l'azione che volea reintegrarsene, era respinta dalla forza del giudicato. — Invocò in fine con la terza l'art. 1295 delle ll. civili, da cui è vietata l'ammissione a pruova testimoniale per dimanda eccedente la somma di cinquanta ducati, e gli oggetti che si dicono dati in pegno hanno un valor maggiore di duc. cinquanta.

5. Il giudice regio non tenne conto di tali eccezioni, e la donna fu condannata per frode. Lo stesso destino ella ebbe in grado di appello. — Ricorso di lei per tre motivi, i quali riproducono le tre eccezioni rigettate. Cominciamo dal primo motivo.

6. L'ipotesi dell'art. 430 n. 1 delle ll. penali, con le di cui parole si è definito questo fatto, è che *dopo essersi ricevuta la cosa per uso determinato, se ne sia per causa di lucro negata la riczione*. Nè si è omessa l'altra definizione con la formola dell'art. 433 n. 4: *distornamento e dissipazione a danno del proprietario di effetti consegnati col peso di restituirli, ripresentarli, o farne un uso determinato*. Or è stabilito in fatto che gli oggetti dati in pegno vennero consegnati al marito in presenza della moglie, la quale seppe sin dal principio non esser dati questi per altro uso, che per sicurezza del debito, conferendo al creditore il dritto di farsi pagare su di essi. Questa scienza dunque accompagnò la donna sino alla morte del marito. S'ella lo avesse confessato, la sua responsabilità potrebbe forse non essere che civile. Ma ella lo ha negato, anzi ha negato all'intutto la consegna del pegno, benchè dato a conservare a lei in presenza del marito.

7. Chi profitta di questo niego? Non altri ch'ella stessa, perchè contro di lei, crede del marito, passa l'azion civile contro di costui. La *frode* per gli art. sopra citati consta di due atti: il primo è la ricezione dell'oggetto per uso determinato; il secondo è il niego della ricezione. Sia pure che il pegno appartenesse al marito: ella il ricevette con la scienza del solo uso determinato che poteva egli farne. Il pegno in seguito ha fatto parte della eredità del marito, perciocchè non essendosi fatto inventario di questa, dobbiam dire che o vi esisteva ancora in natura, o distratto ne ha accresciuto il valore; ed ancorchè fosse stato dissipato dal defunto, il sottrarsi dalla obbligazione che ne na-

1) Tacito, ann. VI. 16.

2) Le nostre antiche leggi contro l'usura fino all'ultima del 7 aprile 1828, sono state riportate da noi nella nostra *Pr. penale*, I, § 830 e segg. II, § 459.

sce, è un lucro dell' erede. Il passaggio di un oggetto da una persona ad un' altra, quando entrambe conoscono che, tranne l' uso determinato che si era convenuto, niuna d' esse può disporne, cangia forse gli effetti del niego e la natura dell' azione?

8. Intanto il niego oggi è tutto della moglie, ed è niego doloso, perchè fatto a fine di lucro, da persona *sciente et fraudem partecipante* 1). In lei dunque si verificano entrambe le condizioni constitutive della frode.

9. In quanto alla seconda eccezione, divenuta oggi secondo motivo per annullamento, parmi chiaro che tra il giudicato del tribunal di commercio, e quello della gran-corte criminale in grado di appello, non si vegga alcuna delle identità che richiede l'art. 1305 delle leggi civili. Non vi è identità della cosa dimandata; perchè nel tribunal di commercio, si dimandò la dichiarazione di credito per le cambiali, ed innanzi alle giurisdizioni penali si è dimandata la dichiarazione di frode per lo niego del pegno; cose tanto differenti, quanto lo sono il far aprire la borsa altrui, ed il far soffrir pena di corpo afflittiva. E perciò nemmeno vi è identità nella causa della dimanda: là era il puro debito pecuniario, qua sono gli effetti penali della negazione del pegno. Nemmeno può dirvisi identità delle persone, perchè qua l'attore è il ministero pubblico e *Carolina de Rosa* è la rea, mentre là l' attore fu *Merizio*, e *Bellinfante* il reo convenuto. Anzi ne anche per l'azione civile vi è identità nella qualità delle parti private, perchè nel tribunal di commercio *Merizio* ebbe qualità di attore principale per credito nascente da cambiali, ed ora innanzi al giudice penale colui che avea qualità allora di reo convenuto, spiega un'azione accessoria di danni-interessi nascente da reato. Se la erede di *Merizio* potesse oggi sostenere la qualità che in giudizio prese allora il defunto, dovrebb'essere anch'ella attrice civile, e rappresentar lui in questa qualità: ma oggi ella è convenuta criminalmente *et proprio nomine*.

10. Il terzo motivo pare a me assai men sussistente. Si cerca fondarlo sull' articolo 1295 e segg. delle ll. civili. L'articolo 1295 è così conceputo: *Per qualunque cosa ch'ecceda la somma o il valore di cinquanta ducati, ancorchè si tratti di deposito volontario, dee stendersene atto innanzi notaio, o con privata scrittura.* Quindi negli art. seguenti si vieta a' giudici di ammettere la pruova testimoniale sulla dimanda di somma eccedente il valore di ducati cinquanta, o di somma anche minore, quando si dichiari ch' ella faccia parte o residuo di un credito maggiore il quale non sia provato per mezzo di scrittura.

11. Ma chi è l' attor principale in un giudizio penale? L'azione penale nascente da reato è essenzialmente pubblica, ed esclusivamente affidata agli agenti del pubblico ministero. Nè qui il ministero pubblico dimanda la somma di venti o di cento: egli dimanda la pena stanziata dalle leggi penali; e tal pena non si misura col danaro, nè può convertirsi in esso. Questo art. dunque non è scritto per lui. Il querelante può semplicemente denunziare il fatto, senza dimandar cosa alcuna, e può dimandare la punizione del colpevole, rinunziando ad ogni restituzione o ristoro di danno. Nel primo caso, anche col perdono dell'offeso, dee il ministero pubblico spiegare l' azion penale nei misfatti; e nel secondo la sola dimanda della punizione basta ad eccitar l' azion del ministero pubblico nei giudizii correzionali.

12. Che se il querelante può anche dimandare la restituzione degli oggetti suoi ed il ristoro di danni-interessi, questa dimanda non fa l' essenza del giudizio penale, ma è subordinata all' esito di esso. Ed allora il suo titolo non solo è scritto ma è un atto solenne di autorità giudiziaria, è un giudicato. Si è forse preteso mai che quando il ministero pubblico accusa alcuno di furto ingente o di qualunque danno qualificato pel valore, non possa esercitar la sua azione se prima non presenti un titolo di scrittura, o un principio di pruova scritta che giustifichi il valore del furto o del danno?

13. Il *furto* e la *frode*, particolarmente nel caso di cui trattiamo, sono fra loro diversi solamente in quanto al primo dei fatti che li costituisce, perchè nell'uno si

1) L. 10, D. XLII, 8, *Quae in fraudem creditorum*.

toglie la cosa mobile malgrado il padrone, nell' altra il padrone la dà in buona fede; ma in quanto agli altri caratteri, tanto colui che ruba per forza o invola *invito domino*, quanto colui che dal padrone volente riceve la cosa, l'uno o l'altro per venir dichiarato ladro o frodatore, debb' essere ugualmente convinto di ritener la cosa con animo di appropriarsela. Il ministero pubblico se può spiegare contra il primo l'azione *persecutoria poenae* con la sola pruova testimoniale, niuna legge gli vieta che il possa pure contra il secondo.

14. Ma che dico io? Anche quando l'azion penale è estinta per la morte del reo, ovvero abolita da reale indulgenza, il danneggiato pei suoi danni - interessi può domandar per la frode, come per lo furto, la pruova testimoniale innanzi a'tribunali civili. Imperocchè il divieto della pruova testimoniale non è senza eccezione, e l'articolo 1302 delle ll. cc. dice espressamente che non la regola, ma *l'eccezione si applica alle obbligazioni che nascono dai delitti e quasi-delitti*. Or non siamo noi per l'appunto nel caso d'un *delitto?* (a).

15. E ciò è vero sempre ne' tribunali

(a) *La stessa Corte suprema di Giustizia con un recente arresto del 21 settembre 1857, causae Soccime, reso su le difformi conclusioni del Pubblico Ministero, fermava la massima contraria come risulta dalle seguenti considerazioni:*

Attesochè la consegna di alcuno degli effetti mobili qualsiasi contemplata negli articoli 430 e 433 delle leggi penali non può riportarsi che ad alcuna delle conseguenze d'interessi privati nelle quali la legge riconosce un contratto;

Attesochè quindi il fatto della consegna costituendo sempre un contratto non può sfuggire alle regole della legge assegnate per provarlo;

Che per l'art. 1295 delle leggi civili tale pruova non può farsi per testimoni quando il valore della cosa ecceda i ducati cinquanta; salvo che se esista un principio di prova scritta, o si sia in alcuno dei casi in cui le stesse leggi facciano espressa eccezione a tale regola;

Or sebbene sia vero che tale eccezione per l'articolo 1302 n. 1º siesi fatta in quanto alle obbligazioni che nascono dai delitti, pur nondimeno il reato non consiste al certo nel fatto della consegna della cosa, che è tutto contrattuale e permessa, ma in alcuna delle ipotesi dalla legge penale definita che sono fatti distinti e posteriori a quelli della consegna, i quali per lo appunto costituiscono l' abuso della fiducia commesso da colui al quale la cosa è stata affidata;

Che questi fatti adunque, i quali esclusivamente le caratterizzano la frode sono i soli che possono essere provati con ogni genere di pruova, giusta il divisato articolo 1302;

Che altrimenti riuscirebbe ben facile eludere la legge prescegliendosi la via penale, per far progredire congiuntamente con l'azione penale l'azione civile in restituzione della cosa che farebbe supporsi consegnata, e fare ammettere una prova vietata dalla legge, ottenendosi indirettamente ciò che direttamente non potrebbe conseguirsi.

Che così si provvederebbe assai male alle esigenze dell'interesse sociale, perchè si aprirebbe il campo a tutti quegl' inconvenienti che mira a prevenire la salutare disposizione dell' art. 1295 delle leggi civili, restrittiva dell'ammissibilità di una prova che è troppo pericolosa, per doverla evitare ovunque, in virtù della stessa, una somma palese cavarsi, che compenserebbe pur troppo i facili mezzi di corruzione che si sarebbero impiegati;

Attesochè assai conforme e costante tra tutti gli scrittori è il di sopra espresso principio, ed in tutte le nazioni si è come tra noi ammessa la enunciata restrizione;

Conformemente al riportato arresto la nostra Commessione legislativa nel rivedere il Codice di Procedura Penale nel 1861 dichiarava di avere esaminata la grave quistione dell' ammessibilità della prova testimoniale in materia penale per quei fatti il cui accertamento è sottoposto a regole emergenti dalle leggi civili. La Commissione ha ravvisato nell'art. 827 del Codice di procedura penale sarda un pronunciato che renderebbe illusorio nelle materie civili il divieto della prova testimoniale, e movendo dal pensiero che la legislazione debb' essere un tutto coerente ha creduto doversi porre il principio che la prova testimoniale per contratti dalla cui esistenza dipende l'accertamento dei reati debb' essere fatta a norma delle regole stabilite dalle leggi civili intorno la pruova.

Codesto principio vedesi ugualmente ritenuto nell'ultima revisione del codice di Procedura Penale, e propriamente nell'art. 848 così espresso: « Ogni qualvolta per l'accertamento dei reati debba « provarsi l'esistenza dei contratti da cui dipendono, si ammetterà a questo fine in un con le altre prove, anche la prova testimoniale, qualora « fosse ammissibile a termine delle leggi civili. »

In conseguenza di che nella indebita appropriazione per accertare la consegna di una somma oltre le lire cinquecento è mestieri della prova scritturale, e per assodare il seguito distarnamento può il querelante giovarsi anche della prova testimoniale. Ma quando la consegna della somma avvenne invita domino come nel furto o sotto l'impressione di violenza come nei ricatti, nelle rapine ed estorsioni, nell' esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone; in tali casi il reato sarà assodato con la prova testimoniale in tutte le sue parti. E crediamo doversi decidere al modo stesso nel caso di qualche truffa improba col mezzo di artificii colpevoli, avvegnachè anche in tal caso la consegna della somma o della cosa defraudata nulla offre di lecito, di volontario o contrattuale.

civili ove la regola è l'art. 1295, e le eccezioni sono negli art. 1301 e 1302. Ma appunto perchè tra queste eccezioni vi ha quella che accorda la pruova testimoniale quando l'azione civile nasce da *delitto*, questa ch'è eccezione pei giudizii civili, diventa regola pei giudizii penali. L'indole di questi è che per qualunque reato il reo possa esservi condannato, *argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus* 1). So che da questa regola la quale impera in tutti i giudizii penali, è eccettuato il solo *deposito volontario*. Ma se è vero che *exceptio firmat regulam*, è chiaro da ciò, che tranne il *deposito volontario*, in ogni altro caso può farvisi uso della pruova testimoniale.

16. Il che risulta ad evidenza dallo stesso art. 430, n. 1, applicato alla condannata. *La frode si commette... I, quando dopo essersi ricevuta la cosa* IN DEPOSITO VOLONTARIO O PER ALTRO USO DETERMINATO, *se ne sia per causa di lucro negata la ricezione*. — *Il deposito volontario è definito dalle leggi civili* 2): *l'accusa di frode contro il depositario infedele* 3) *non può essere esercitata, se non quando le leggi civili suddette permettono l'esercizio dell'azione civile;* cioè a dire che il può sempre, quando l'oggetto è minore del valore di ducati cinquanta, ma quando eccede questo valore, allora il può solamente ch'è provato per mezzo di scritura: altrimenti si presta fede al convenuto tanto per lo stesso fatto del deposito, quanto per le cose che ne formano l'oggetto, e per la loro restituzione 4).

17. Quando dunque si riceve cosa altrui non *in deposito volontario*, ma *per altro uso determinato*, come avviene nel *pegno*, l'accusa di frode che *prope furtum est*, può ben essere esercitata innanzi a'giudici penali, comecchè la pruova non ne sia scritturale, ma puramente testimoniale. L'eccezione espressa e tassativa pel solo *deposito volontario*, non può estendersi agli altri casi non espressi; ed il *deposito* è sì diverso dal *pegno*, quanto lo sono tra di loro il tit. XII, ed il tit. XVIII del lib. III delle ll. civili. Nell'uno e nell'altro contratto la proprietà non si perde. Se non che il *deposito* è un atto pel quale alcuno riceve la cosa altrui coll'obbligo di custodirla e restituirla quale fu data, senza avere mai dritto sulla medesima: esso sta da sè qual obbligazione unica e principale. Il *pegno* è contratto accessorio ad altra obbligazione, come l'è l'ipoteca e la cauzione, perchè vi si dà la cosa al creditore non pel fine principale di custodirla, ma per sicurezza del debito; sì ch'egli vi acquista il diritto, non mai di disporre del pegno, ma di far ordinare giudiziariamente che il pegno gli rimanga in luogo di pagamento, e fino alla concorrenza del debito a norma della stima fatta per mezzo de'periti, ovvero che sia venduto all'incanto. L'azion penale di frode, nascente dal niego del *deposito volontario*, non può instituirsi se il deposito non è provato a termini delle ll. civili, perchè è un atto tutto gratuito, a solo fine di una miglior custodia della cosa: esso è nell'interesse di chi lo riceve; e per ciò senza scrittura, o almeno principio di pruova scritta, non può mai trasportare un uomo, talvolta troppo generoso, innanzi a'giudici penali, quando egli non potrebb'esserlo innanzi a'civili. Ma in rapporto al *pegno*, in cui si considera più l'interesse di chi lo riceve, che di chi lo dà, la pruova testimoniale è ammessa, come in tutti i quasi-delitti, benchè il pegno provato per questa via produca tutti i suoi effetti legali fra le parti, ma non sino al privilegio contro gli altri creditori 5).

18. Per le quali cose io conchiudo che il ricorso della condannata venga rigettato 6).

1) L. 2, C. VII, 65, *Quorum appell. non recipiuntur*.

2) Art. 1793 ll. cc.

3) Le leggi romane negavano l'azione di furto contro il depositario che semplicemente negava il deposito, *licet prope furtum est: sed si possessionem eius apiscatur, furtum facit*. L. 67, pr. D. D. XLVII, 2, *De furtis*.

4) Art. 1795 e 1796 ll. cc.

5) DURANTON, livre III, tit. 17, § 514. — Per ciò che riguarda il *deposito*, V. lo stesso autore, nello stesso libro, tit. 11, § 30 e 31.

6) Così venne deciso. — Una donna vendette alcune cantaia di bozzoli di seta ad uomo che diceva dover questi servire per la *filanda*. Del prezzo convenuto, pagabile fra tre giorni, costui le rilasciò un bone. Non pagò, e venne accusato di frode per distornamento di oggetti, punibile di reclusione per la circostanza del valore (art. 433, n. 4, e 434 ll. pen.). Ma la corte suprema osservò,

XV.

Casi ne' quali debbono ritenersi tanto i fatti espressi nella motivazione, quanto la definizione di essi, o sia la quistione del nome, ed annullarsi la sola quistione della sanzion penale. — *Art 328 pr. pen.* — **Disturbo dall'esercizio del culto divino.**

1. Signori 1), il primo legislatore in Europa che nella forma delle decisioni vide il modo onde rimuovere, quanto più si possa, l'arbitrio de'giudiei, fu il nostro RE FERDINANDO I di gloriosa memoria. Egli con la pramm. del 27 settembre 1774 prescrisse il primo la motivaziono delle sentenzo con la distinzione della quistione di fatto da quella di dritto, e volle in quelle un sillogismo perfetto in eui le due promesse di fatto e di dritto portassero di necessità la conseguenza dell'assoluzione o della pena, nella qual conseguenza consiste, propriamente parlando, la pronunziazione terminativa del giudice 2).

2. Egli stesso con le nuove leggi rettificò la pratica di questo suo antico divisamento. I giudiei, egli disse, non potranno pronunziare altre pene, all'infuori di quelle determinate dalle leggi: e nei soli casi dalle medesime stabiliti 3): il reassunto dell' atto di accusa dee contenere la chiara disegnazione del reato, o sia il suo nome legale, con le parole stesse con le quali la legge esprime le condizioni della sua *ipotesi* 4): la quistione di fatto sarà proposta a'giudiei con le parole del reassunto dell'atto di accusa 5): risoluta questa, con l' applicazione della prima parte d'ogni legge, qual è la condizione della sua *ipotesi*, non resta che l'applicazione della seconda, qual'è la *sanzione penale* 6). *Applicare* è *congruere* combaciare, far convenire esattamente: l'*ipotesi* della legge è il nome legale che si dà al fatto; il qual nome gli si dà con le parole stesse della prima parte di quell'art. di legge la di cui sanzione vien poi ad applicarsi: e così *ex formula legis* esce sempre la definizione del fatto. Per lo che i fatti espressi nella decisione, i quali constituiscono la motivazione della quistione di fatto, debbono contenere tutte le circostanze e le condizioni della ipotesi della legge: una che ve ne manchi, la prima parte della leggo è stata mal applicata, ed il fatto è stato mal definito, il quale se si ritiene, dee annullarsene la definizione, perchè viene a mancarvi la conformazione ad essa dei fatti espressi nella decisione 7). Se poi la definizione è conforme a'fatti espressi, ella può ritenersi con questi; ed ove sia diversa dalla ipotesi di quell'art. di legge la cui pena è stata applicata, allora que-

che in questo fatto, qual era espresso nell' atto di accusa non vi era *distornamento*, perchè non si era distratto l'oggetto da ciò che si era convenuto: convenuto che si era della cosa e del prezzo, e consegnata la cosa, la proprietà se n'era di dritto acquistata al compratore: la venditrice non aveva che dritto al prezzo; nè conservava più dritto alcuno sulla cosa, tosto ch'ella era mobile: il credito di lei sarebbe privilegiato, se i bozzoli esistessero ancora in mano del debitore (art. 1971, § 4 ll. cc.). Ma se ingannatore fu costui, poteva forse esserlo stato nel contratto, a' termini del n. 5 dell'art. 430 ll. penali, il quale porta a pena correzionale; ma nè quest'art., nè il 431 vi considera il fatto posteriore, quale sarebbe stato la rivendita prima del pagamento. Il n. 4 dell' art. 433 e l'art. 434 che porta a pena criminale, parlano non di vendita, che dà la facoltà al compratore di far della cosa mobile quel che gli piace, ma di cosa data per uso determinato. La corte suprema dunque credette che il fatto non portava alla competenza che si era spiegata, ed a' termini dell'art. 177 pr. penale annullò la decisione di sottoposizione all' accusa. Arresto del 1 febb. 1841, nella causa di *Carlo Mascabruno*, PAGANO-LAROSA comm., NICOLINI m. p. — V. il n. XXII pag. 779 di queste *Quistioni*.

1) Conclusioni nella causa di *Carmela Alfieri*, 19 ottobre 1832, LONGOBARDI comm., NICOLINI m p.

2) V. *omnino* il n. XIII pag. 742 ove sono sviluppati i principii e la storia della *motivazione* delle decisioni, da' quali dipende il nostro art. 327 pr. pen. che qui, dal n. X pag. 824 stiamo comentando.

3) Art. 200 l. org. nap. — Art. 231, l. org. sic.

4) Art. 139 pr. pen.

5) Art 272 e 274 pr. pen.

6) Art. 288 pr. pen. — V. *sup*, il n. XI.

7) Art. 327 pr. pen. — V. *sup*. il n. XII.

st' applicazione solamente si annulla, ricercando altra sanzione più conforme a quella definizione 1).

3. Nella causa di cui vi occupate, il sostituto procuratore generale autor dell'accusa, ebbe in mira l' art. 12 del real decreto del 7 maggio 1821: esso prevede *ogni atto scandaloso che turbi, impedisca od offenda in chiesa il libero* e *tranquillo esercizio del culto divino.* Questa è la sua ipotesi; ma non fu precisamente trascritta nel reassunto dell'atto d' accusa. *Carmela Alfieri* vi è accusata *di disturbo ed impedimento al tranquillo esercizio in chiesa del culto divino.* Ma per applicare la sanzion penale di quest' art. doveasi nel reassunto far uso delle parole *atto scandaloso*, dal quale il disturbo, l' offesa, l' impedimento. Più: l' impedimento o l' offesa doveva essere non solo al *tranquillo*, ma al *libero esercizio del culto.* La legge non parla mai oziosamente. La particella e, con la quale congiunge l'aggiunto *libero* all' altro aggiunto *tranquillo*, non lascia dubitare che ben due qualità un tal disturbo o impedimento cumulativamente aver deve 2).

4. Ed il presidente propose la quistione, qual era scritta in sì fatto reassunto dell' atto di accusa. Quindi ne risultò, a maggioranza di quattro voti sopra due, la dichiarazione di reità: *Consta che Carmela Alfieri sia colpevole di disturbo* e *d' impedimento al tranquillo esercizio in chiesa del culto divino.* Fin qui la gran-corte non può esser censurata: ella non poteva in questa quistione seguire altra strada che quella che il procuratore generale le indicava. Avrebbe forse potuto aggiungere le qualità aggravanti dello *scandalo*, e dell' impedimento anche alla *libertà* del culto; ma non si convinse di ciò di cui non era convinto il procuratore generale: *facti quaestio in arbitrio est iudicantis.*

5. Ma *poenae persecutio non eius voluntati mandatur*, *sed legis auctoritati reservatur* 3). Per fermo quel disturbo e quell'impedimento si era deciso in fatto essere stato al *tranquillo*, non al *libero* esercizio del culto; e la legge che si applicò, vuole nella sua ipotesi riunite entrambe queste qualità nel disturbo. Non basta che vi sia stata distrazione dalla *tranquillità* di un santo raccoglimento: conveniva che la *libertà* di orare fosse stata anche impedita, e travolta contro il volere.

6. Oltre a ciò la causa di questo disturbo ed impedimento avrebbe dovuto essere un *atto scandaloso*. Non essendo stata dunque la donna dichiarata colpevole di atti con la qualità aggravante dello *scandalo pubblico*, nè essendo stato dichiarato il disturbo efficace a togliere la *libertà dell' orare*, ha la gran-corte contravvenuto al testo espresso dell' art. 12 del real decreto del 7 maggio 1821, quando a'termini di esso ha applicato all' accusata la sanzion penale di sette anni di ferri (a). Dice S. Girolamo: *Far ro-*

1) Art. 323 pr. pen. — Ed in vero qui manca la conformazione della seconda parte della legge al fatto definito. Conformazione della legge al fatto è *ratio legis, quae mutatis factis cessat, et ut eleganter antiqui interpretes dicunt, ociatur: nam in contrarium mutari, in contrarium verti non potest.* Vico, De un. iur. pr. *cap.* 81. — V, il n. XXI, pag. 411 § 17, XXV pag. 427 § 10, XXXVI, pag. 464 § 10, e il n. XII, pag. 570 § 16.

2) L. 142, *De verb. sign.*

3) L. 1, § 4, D. XLVIII, 16, *Ad sc. turpill.*

(a) *Bandite le leggi che sancivano la funesta intolleranza religiosa per la quale tante sventure afflissero la misera umanità, e sancita la tolleranza degli altri culti diversi dal cristiano con l'art. 1 dello Statuto del Regno la penalità pei reati contro la religione fu ricondotta giusta le esigenze della scienza nazionale, ai suoi limiti naturali, vietandosi con modiche coercizioni quegli atti pei quali si impedisce od alcuno il libero esercizio del culto religioso. In conseguenza il novello codice stabilisce nel modo seguente: Chiunque con violenze, o vie di fatto, o minacce, o tumulti impedisca, interrompa o turbi le funzioni o cerimonie della religione dello Stato, nelle chiese o fuori di esse, sarà punibile con la pena del carcere estensibile a mesi sei, e con multa estensibile a lire cinquecento (art. 183). In Francia l'Assemblea costituente proclamò il principio della libertà dei culti, il quale principio abolito dopo della Convenzione Nazionale, tornò in vigore a capo di pochi anni. La Carta del 1814 proclamò la religione cattolica come religione dello Stato; ma quella del 1830 tolse di nuovo ogni preminenza tra diversi culti ammessi in Francia, e quindi abolì la religione dello Stato.*

Gli elementi essenziali del reato sono i diversi mezzi indicati dalla legge come la violenza, la via di fatto, le minacce, *cioè il doloso interrompimento avvenuto delle pubbliche funzioni. Uno distrazione tuttochè momentanea di queste, solo operata con uno dei mezzi indicati, sarebbe insufficiente ad*

vinare spiritualmente altrui o con parole o con fatti, cioè in quanto alcuno per ammonizione o inducimento, ovvero con esemplo, trae l'altro a peccare, questo è detto propriamente scandalo. Non è già che ogni altro disturbo o impedimento al tranquillo esercizio del culto divino sia cosa sì lieve da non tenersene conto: la quistione è solamente del suo grado di gravezza. Sarebbe strano il punire ugualmente e chi cerca col suo esempio o co' detti far forza altrui e togliere la libertà di volgersi umile a DIO, onde trarre dalla preghiera le più dolci consolazioni a' mali della vita, e chi solamente ne disturba la tranquillità, senza nè scandalezzare alcuno, nè forzare la libertà di proponimento sì pio.

7. Il real decreto del 7 maggio 1821 è uno statuto di rigore, che per la ragion de' tempi in cui fu pubblicato, aggrava in alcuni reati la pena del dritto comune. Ciò è detto chiaramente nel suo esordio, ove si manifesta il bisogno di mantenere la tranquillità e l'ordine pubblico con sanzioni penali più severe. Non può dunque estendersi se non a'casi letteralmente quivi contemplati 1).

8. All'incontro nelle azioni di *Carmela Alfieri*, descritte ne' fatti espressi nella motivazione, nulla vi ha che indichi quel proposito d' indurre altri a peccare, di cui parla S. GIROLAMO, e molto meno alcun fatto che abbia tolto ad alcuno la libertà di orare: grida femminili, ben tosto represse, e non altro. Nè si sa chi vi avesse posto attenzione, non che se alcuno avesse per ciò sospese le sue preghiere 2). Tutt' altro era il proposito di lei, che quello di disturbare ed impedire il tranquillo e libero esercizio del culto divino 3) La gran-corte lo ha detto; la gran-corte nota ne' fatti de' quali ella si convince, più leggerezza ed ineducazione, che dolo; nè so come sia poi trascorsa a condanna sì grave.

9. Parmi dunque che la definizione del reato non sia in contraddizione co' fatti espressi nella decisione. Non può dunque annullarsi la definizione, o sia il nome di legge che si dà al reato. Dee però cercarsi nelle leggi altro art. che pre-

attirare su l' agènto la doppia pena minacciata dalla legge. Essendosi dubitato in Francia se la sospensione della confessione costituisca l'interrompimento delle chiesastiche funzioni previste dalla legge, la Cassazione decise affermativamente. Il fine di fare onta alla religione, non è richiesto nell' art., ma solo quello di volersi impedire le funzioni o cerimonie religiose. Se quindi in un altorco impegnato fra due persone, per qualunque causa si operasse accidentalmente il disturbo delle funzioni religiose, è chiaro che non potrebbo rispondersi ai sensi dell'articolo.

Nella legislazione romana, giusta una legge di Marziano (*L. 4*, Cod. de Episcop. et clericis) *era minacciata la pena di morte al popolo per qualsivoglia turbolenza arrecata nei tempii o luoghi religiosi; e ciò anche quando il disturbo fosse avvenuto per una rissa privata, o per una calorosa discussione degli astanti: l'assurdità di questa leggo non è mestieri di essere dimostrata; poichè come osserva il Berlin:* ce oe sont pas surtout en matière do troubles de cette espèces, les peioes les plus sévères qui seraient les plus efficaces.

Per le leggi penali abolite chiunque nell'atto che veniano celebrati i divini misteri, li avesse disturbati con violenza e nel fine di profanare le sacre funzioni, era punito col primo al secondo grado dei ferri (art. 94). Ogni altro atto scandaloso che avesse potuto turbare, o impedire, od offendere il libero e tranquillo esercizio del culto divino nello chiese o luoghi pubblici, era punito col primo al secondo grado di prigionia (art. 102). Ma questa pena così proporzionata al reato, venne esasperata col Decreto del 7 maggio 1821 il quale vi sostitui quella del primo al secondo grado dei ferri (art. 12).

1) L. 14, D. *De legibus*.

2) Ben altro fu il caso che si presentò alla corte suprema nella causa di *Giuseppe Cibelli*, 6 marzo 1839, DE LUCA comm., NICOLINI m. p. Costui avea ferito un suo concittadino in chiesa in atto delle sacre funzioni, dal che sorse indegnazione e clamor popolare: lieve la ferita, ma grave lo scandalo. Ciò non pertanto il reato fu dichiarato correzionale, e correzionalmente punito. Ma la corte suprema da fatti sì gravi espressi nella decisione, vide in essi un reato più grave: lo credette compreso nell'art. 12 dell'indicato real decreto, ed annullò la decisione di competenza e quella di condanna, benchè nell'interesse della legge.

3) Questa proposizione accenna alla giurisprudenza del tempo. Fino al real rescritto del 7 febbraio 1835 alcuni opinarono che ne' reati contro il rispetto dovuto alla religione fosse necessaria la risoluzione della *quistione intensionale*, se cioè mossi li avesse l'empio fine di offendere la religione. Ma il real rescritto osserva che ove la legge vuole tal condizione, lo dice espressamente, como si vede negli art. 92, 93, 94, 95, 96, e nel § ultimo dell'art. 100. All'incontro l'ipotesi degli art. 98 e 99 e del § 1 dell'art. 100 esclude espressamente quell'empio fine. L'art. 101, che parla della *bestemmia*, e l'art. 102 che prevede il caso di cui trattiamo in questa causa *Alfieri*, furono applicati sino al 1821 senza elevare quistione alcuna d' *empio fine*: erano puniti correzionalmente. Ma tosto che col real decreto del 7 maggio 1821 ne vennero aggravate le pene, sì che la *bestemmia*

vegga quest' ipotesi (*sup.* § 2.). Perciò ritenuti i fatti espressi nella decisione, e la loro definizione, dimando l' annullamento della sola quistione di applicazione di pena 1).

—

XVI.

Altro esempio dei fatti elementari ritenuti con la loro definizione, annullandosi la sola quistione della sanzione penale.— Sororicidio.

1. Signori 2), qual è la pena del fratricidio commesso in rissa, della quale l' uccisore non sia stato l' autore? *Quella di uno a due gradi meno della pena cui soggiacerebbe il misfatto se non fosse scusabile*, risponde l'art. 382 delle leggi penali. Se dunque per l' art. 353 il fratricidio inescusabile è punito di morte (b), l' escusabile per rissa deve attendere l'ergastolo, o almeno il quarto grado de' ferri.

2. La cosa sarebbe chiara per sè, se non destasse dubitazione non lieve l'art. 384, il quale collocato immediatamente dopo quello che parla della scusa dell'omicidio sul coniuge, è così conceputo: *Gli omicidii volontarii scusabili nelle persone degli altri congiunti designati nell' art. 353* (fra questi altri sono i fratelli) *saranno puniti con uno a due gradi di più delle pene che porterebbero gli omicidii volontarii scusabili dalle stesse circostanze, se fossero commessi da persone diverse da quelle designate dall' art. 353* 3). Or tra persone diverse da quelle designate dall' art. 353, l'omi-

fu punita del terzo grado di ferri, precedente frusta, ad onta che la *frusta* non fosse tra le pene del nostro codice, e *l' atto scandaloso che turbi, impedisca od offenda il libero e tranquillo esercizio del culto divino in chiesa* fu punito del primo al secondo grado, cominciò a credersi che per applicare una sanzione sì severa occorresse assolutamente l'*empio fine* Ben tosto il real decreto del 5 maggio 1827 mitigò la pena della *bestemmia in reclusione*, se sia profferita in chiesa aperta al pubblico culto o in altri luoghi in atto di sacre e pubbliche funzioni, ed in *relegazione*, se in luogo pubblico, ma senza tali circostanze. Con tutto ciò la giurisprudenza di volervi aggiunto l'*empio fine*, prevalse. Il real rescritto dichiarò che questo non era espressamente voluto dalla legge, *et hoc iure utimur*. Giova nei nn. seguenti (XVIII e XIX) riportare il fondamento di quella giurisprudenza, la quale si è cangiata col reale rescritto.

1) Così venne deciso.

2) Nella causa di *Vincenzo Mazzone*, 12 giugno 1840, Pagano-Larosa comm., Nicolini m. p.

(a) *Pel novello codice penale il fratricidio inescusabile è punito coi lavori forzati a vita (art. 534 n. 4); e ciò con molta saggezza poichè se la morte doveva essere conservata nel parricidio, era giusto prescrivere una pena inferiore pel minor reato di fratricidio.*

Se codesto reato fosse scusabile per grave provocazione la pena sarebbe sempre di sei mesi di carcere fino a dieci anni di relegazione (art. 562) non essendovi una penalità diversa e speciale pel fratricidio scusabile per grave provocazione da quello stabilita per l' omicidio in persona di estranei.

Se in una rissa insorta tra più individui resti qualcuno ucciso, ciascuno di quelli che hanno recato una ferita mortale è reo di omicidio, e se sia germano della vittima va punito coi lavori forzati a vita. Ma se non si conosce il preciso autore di detta ferita, o se la morte fosse stata prodotta dal complesso di più ferite, tutti quelli che hanno portato la mano sull'ucciso, o che si sono resi in altro modo colpevoli nel fatto dell'omicidio sono puniti con la relegazione non maggiore di anni dieci, od anche col carcere; avuto riguardo alla qualità ed alla quantità delle ferite cagionate, alla qualità delle armi delle quali si è fatto uso ed alla parte più o meno attiva presa nella rissa (art. 564). E poichè non vi ha pena speciale pel fratricidio commesso in rissa senza conoscersi il preciso autore, il giudice applicando la stessa relegazione fino ai dieci anni terrà conto anche della qualità di germano, nella immensa latitudine della pena.

Quanto poi alla scusa di cui parla il nostro autore, per non essere stato il fratello omicida autore della rissa, abbiamo già detto a pag. 425 che la legge nuova non riconosce nel solo fatto di non essere alcuno autore della rissa causa legittima di diminuire la pena dell'omicida; eccetto se sia stato provocato, nel quale caso gli competerà il beneficio della provocazione, il quale, secondo quello che abbiamo detto dinanzi, è cumulabile col beneficio della rissa per non conoscersi l'autore del ferimento letale, essendo le due cause di diminuzioni fondate su ragioni diverse.

3) Giova guardar per esteso ciascuno de'tre art. che debbono vedersi in rapporto fra di loro per risolvere la quistione di cui ci occupiamo.

Art. 353. *È anche punito colla morte l'omicidio volontario sul discendente legittimo e naturale quando è commesso dalla madre, sul figlio naturale legalmente riconosciuto quando è commesso dal padre, sul figlio adottivo, sul coniuge,* FRATELLO O SULLA SORELLA *in secondo grado.*

cidio scusabile per la rissa è punito d'uno a due gradi meno dell' omicidio volontario, la cui pena essendo quella del quarto grado di ferri, si attenua per sì fatta scusa fino al terzo o secondo grado. Dunque se il reato commesso su persone non sì strettamente congiunte fosse estimato tale da ricever la pena del secondo grado, è chiaro che quando è commesso tra sì congiunte persone, debba esser punito del terzo o del quarto; e se commesso su quelle fosse estimato tale da ricevere il terzo grado, commesso su queste porterebbe alla pena del quarto grado di ferri o dell' ergastolo.

3. Per lo che nell'applicazione di una pena non espressa esplicitamente dalla legge, ma che si dà accrescendo o diminuendo una pena minacciata da un altro articolo, l'una opinione guarda la sanzion penale dell' art. 382, e l'accresce; l'altra prende di mira la sanzione dell'art. 353, e la diminuisce. Entrambe così le opinioni includono la facoltà di proffer r la pena del quarto grado de'ferri e dell'ergastolo: ma la più benigna include anche quella di poter punire del terzo grado. Non giova dunque pei fautori dell' opinion più severa il definire se l'omicidio in rissa di cui si disputa, avesse meritato il terzo o il secondo grado di ferri, ove fosse avvenuto tra persone non congiunte, perchè la pena di morte da cui partono, è un punto fissamente certo nella discesa della scala delle pene: importantissimo lo è pei fautori dell' opinione più benigna, perchè il punto da cui partono nella salita, è assai mobile per legge, potendo punirsi l'omicidio comune in risse o del secondo o del terzo grado; tal che punito del secondo, può elevarsi al terzo o al quarto; e punito del terzo, può andare al quarto o all'ergastolo. Il darsi dunque da' più benigni il terzo grado di ferri, senza mentovare il punto di partenza, ne confonde la pena con l'omicidio comune commesso nelle stesse circostanze di scusa, il quale può esser anche punito del terzo grado. La sanzione dell' art. 384 è che la pena del fratricidio in rissa sia maggiore di uno a due gradi dell'omicidio comune in rissa nelle stesse circostanze. Se dunque chi segue l' opinione più mite, non procede prima alla valutazione di sì fatte circostanze nell'omicidio comune, non ben motiva nel fratricidio l'applicazione della pena.

4. Nella decisione sottoposta alla nostra censura è stata adottata fra le due l'opinione più mite, ma senza decidersi in prima se la scusa della rissa qual è in questa causa, avrebbe tra persone non congiunte meritato il secondo o terzo grado di ferri, a quest'uccisore della sorella si è dato per lo appunto il terzo grado di ferri; condanna che i sostenitori dell'altra sentenza credono riprovata dalla legge, perchè scendendo dalla pena di morte, possono incontrarsi nell' ergastolo o nel quarto grado di ferri, e non mai cader giù sino al terzo grado. Tra costoro è il procurator generale presso quella gran-corte giudicatrice, il quale ne ha prodotto ricorso.

5. La somma de'motivi che lo hanno a ciò determinato, può ridursi al seguente ragionamento. La legge nostra con saggio consiglio numera in una scala indicata dagli art. 55 e seguenti tutte le pene. Così rende sensibile l'importanza graduale dei reati, e si sa con certezza di quanti gradi un reato agli occhi del legislatore sia più o meno grave dell' altro 1). Il fratricidio volontario semplice è più grave di due gradi dall' omicidio volontario semplice, perchè di due gradi il quarto grado di ferri vien superato dalla morte.

6. Questa differenza diventa men fissa nelle altre specie di reati di sangue tra fratelli. Così negli omicidii premeditati la severità maggiore contro chi uccide la sorella germana non va fino al secondo grado di pubblico esempio, ma si arresta al primo. Negli omicidii mancati i rei non congiunti sì strettamente all' ucciso, son

Art. 382. *Nel quarto caso dell' art.* 377 (rissa di cui il colpevole non è l'autore), *quando il fatto di scusa è provato, i misfatti e delitti saran puniti con uno a due gradi meno della pena cui soggiacerebbe il misfatto o delitto se non fosse scusabile.*

Art. 383. *L'omicidio volontario in persona del coniuge non è scusabile se non nel solo caso in cui sia provocato da ferita grave o percossa grave. In tal caso sarà punito di reclusione.*

Segue a questo l' art. 384, di cui abbiamo trascritto il testo.

1) È uno de'migliori pregi del nostro codice penale su tutti gli altri. — V. la nostra *Procedura penale*, I, 53, 55, 422, 899.

puniti del secondo grado di ferri; i fratelli del terzo; esempi di un grado solo di differenza, e non di due. All'incontro nelle percosse e ferite gravi la pena dei primi non può andare al di là del secondo o terzo grado di prigionia, e la pena de'secondi è del primo grado di ferri, il che forma una differenza di due o tre gradi. Finalmente ne'tre primi casi dell'articolo 377 la differenza è di uno a due gradi. Non vi è caso dunque in cui la pena del fratello omicida o feritore di sua sorella possa essere eguale alla pena di chi uccide o ferisce men congiunte persone. Ma il terzo grado di ferri può essere la pena dell'uccisore di estranei scusato dalla rissa. Dunque il terzo grado de'ferri non può esser mai la pena del sororicida, benchè scusato dalla rissa. Or se si parte nel caso in disamina dall'art. 384 ascendendo, si cadrebbe in questo assurdo legale. Dunque l'art. 384 è applicabile ai soli primi tre casi dell'art. 377, ne'quali la pena dei rei comuni è esplicita e tassativa, *terzo grado di prigionia, rilegazione*; tal che quando per l'art. 384 ei riceve uno o due gradi di più, non è possibile confonderlo con l'omicidio comune nelle stesse circostanze; ma nel quarto caso dell'art. 377, s'incorrerebbe in questa confusione, se non si uscisse dal solo art. 353, discendendone di uno o due gradi.

7. Ragionamento è questo che a me sembra assai grave, e tanto più se si guardi alle parole delle quali si serve l'art. 382. Esse sono generali, e comprendono gli estranei ed i fratelli: *Nel quarto caso dell'art. 377, se il fatto di scusa è provato, i misfatti e delitti saran puniti con uno a due gradi meno della pena, cui soggiacerebbe il misfatto o delitto se non fosse scusabile*. Così l'applicazione della pena diviene assai semplice. Qual è la pena del sororicida non escusabile? La morte. Dunque il sororicida escusabile per rissa dev'esser punito del quarto grado di ferri o dell'ergastolo. La regola qui non abbisogna di eccezione. Il grado della diversità dell'imputazione tra l'omicidio comune ed il sororicidio vi è conservato, tanto nel caso dell'inescusabilità, quanto in quello della scusa; ed è principio di dritto, che non debba ricorrersi alla eccezione, quando la regola soddisfa per se stessa alla ragion della legge, ed alla diversità delle circostanze di fatto.

8. All'incontro ne'tre primi casi dell'art. 377, siccome la pena è tassativa (*prigionia* o *rilegazione*), così se non vi fosse stata eccezione pel sororicida, si sarebbe tradito il concetto della legge, che mette sì gran diversità tra l'imputazione di costui e quella dell'omicida comune. Perciò abbiamo l'eccezione dell'art. 384, eccezione di rigore. Estendendola al caso quarto dello stesso art. 377, potrebbe diventare eccezion di favore, perchè la pena del sororicidio si confonderebbe di leggieri con la pena del reato comune. Adunque l'art. 384 riguarda solamente le provocazioni per misfatto, le provocazioni per delitto, le provocazioni per iscalata o frattura, che sono i tre primi casi dell'art. 377, e non la scusa della rissa ch'è il quarto.

9. Nè vale l'opporre che in questo caso, potendo il sororicida esser punito anche di ergastolo, e l'omicidio estraneo del secondo grado di ferri, tra questa pena e quella intercede la distanza di tre gradi, mentre negli altri tre casi la distanza non è che di uno o di due (§ 6; e per l'appunto nelle percosse o ferite gravi inescusabili la legge gradua espressamente il fratello per tre gradi di più dell'estraneo. Ma guardando il minimo della pena, la natura delle cose suggerisce maggiore severità. Imperocchè son casi rari la provocazione per ferita o percossa grave contemplata nell'art. 379; men frequente è la provocazione per ferita o percossa lieve; rarissimi tra i fratelli i casi di provocazione per frattura di muri o scalata. La legge dunque è abbastanza severa, quando in questi casi rari non dà tra fratelli che uno o due gradi di più della pena ordinaria. Ma che diremo della rissa? La vita comune, la confidenza, la mistura degl'interessi, l'urto delle passioni, e l'abitudine di non celarle nè sopprimerle in famiglia, vi rendono gli animi, particolarmente fra 'l volgo, *litium et rixae cupidos protervae* 1); e conviene che in proporzione della facilità, la legge con un freno più forte ne trattenga i tristi effetti, quando possono

1) Hor. Od. III, 14, v. 26.

andare fino alle ferite ed all' omicidio. Giusto è dunque che vi ritenga costante la differenza, non di uno o due gradi, ma di due o tre, il che si ottiene discendendo dall'art. 353, non ascendendo dal 382.

10. Argomento ultimo ne sarebbe appunto la sanzion penale per le ferite o percosse gravi. Se queste sieno scusabili per la rissa, e vi si applicasse l'art. 384, converrebbe punirle tra fratelli con *uno a due gradi di più della pena che porterebbe la ferita grave volontaria scusabile dalla stessa circostanza*, *se fosse stata commessa sopra estranei*. Ma la ferita grave così scusabile fra gli estranei potrebb' essere punita anche di esilio correzionale. Dunque fra sì giunte persone potrebb' esser punita dal primo grado di prigionia o confino. Riceverebbe dunque favore incomparabilmente minore l'estraneo con discendere di due soli gradi dal secondo grado di prigionia, la quale potrebb' essere la pena del suo reato se fosse inescusabile, di quello che riceve il fratello, la di cui pena, se per questa circostanza non fosse stato escusato, è niente meno che quella de' ferri. Parmi dunque ben ragionevole ne'casi di rissa prendere il grado della pena del sororicida inescusabile qual punto fisso e certo per la discesa in caso di rissa, anzi che prender dalla pena della scusa ordinaria della rissa il punto variabile della salita.

11. Ma noi non siamo precisamente parlando in una contravvenzione manifesta al testo espresso della legge, a' termini dell' art. 114 della l. organica: è una quistione d'interpetrazione affatto nuova in corte suprema. Non voglio dunque esser troppo precipitoso; tanto più che la forma della motivazione adoperata per la applicazion della pena in questa decisione, mi sembra assai imperfetta; ed accogliendo questo motivo, si rende inutile il preoccupare il nuovo giudizio col vostro divisamento. All'incontro non posso dissimulare, che non son lievi gli argomenti che possono opporsi in contrario all' avviso del procurator generale ricorrente; ed in particolarità, che se generali sono le espressioni dell' art. 382 (§ 7), sì che comprendono anche il caso di cui disputiamo, non meno generali sono le espressioni dell' art. 384, il quale, preso isolatamente, il caso medesimo non esclude. E perciò messi da banda i mezzi di annullamento che a ciò si riferiscono, accolgo quello di rito, che tutti li assorbisce.

12. Ammesso come vero l' avviso più benigno per la pena di cui ci occupiamo, certo è che questa dev' esser maggiore di quella che nelle stesse circostanze si darebbe ad un estraneo. Ma per conoscersi nel fatto, e sulla particolar persona dell' accusato qual sia questo soprappiù di pena, è necessario determinare in prima qual pena sarebbe spettata al reo, se non fosse stato fratello. Questo è il caso in cui la gran-corte dovea ragionare se ella avrebbe dovuto dare il minimo, il medio, o il massimo della pena all' estraneo che avesse agito in quelle circostanze. Imperocchè se l' estraneo avesse meritato il secondo grado di ferri, e non il terzo, ciò solo motiverebbe nel fratello la pena o del terzo o del quarto grado. Or questo dato manca in tutto nella motivazione. Ben dice dunque il procurator generale quando si duole, che avendo la gran-corte, senz' altro dire, condannato il reo al terzo grado, lo ha condannato a tal pena, quale avrebbe potuto avere anche un estraneo. Era necessario determinar prima la pena dell' estraneo: questa sarebbe stata la motivazione della parte seconda della decisione. Se tal motivazione vi manca, questa seconda parte non è motivata, ed è manifestamente violato l' art. 219 della legge organica.

13. Siamo dunque nel caso dell'articolo 328 pr. pen.: *Se le nullità dichiarate sussistenti riguardano la sola quistione di dritto*, *questa parte sarà annullata*; *e tutta la parte che riguarda la quistione di fatto*, *verrà ritenuta*. La *quistion di dritto* nel linguaggio ordinario della legge è la quistione dell' applicazione della seconda parte d' ogni art. di legge, o sia della *sanzione*. Qui l'applicazione della prima parte, che si fa con la *definizione del reato*, sussiste, e non merita censura. Per lo che richiedo che ritenuti i fatti espressi nella decisione, e la lor definizione di omicidio in persona della sorella germana, scusabile per rissa, si annulli tutta la quistione di applicazione di pena, e si rinvii la risoluzione di questa sola ad altra gran-corte 1).

1) Così venne deciso.

XVII.

Altro esempio di annullamento della sola quistione della sanzione. — *Art. 328* e *329*. — Recidiva.

1. Signori 1), dichiarato *Francesco Galimi* colpevole di un furto, dalla legge punito del terzo grado di ferri, la gran-corte criminale, dietro apposita quistione proposta dal presidente, lo ha dichiarato anche recidivo di misfatto, e lo ha condannato al quarto grado. È legale o no la proposta di quest'ultima quistione? N'è legale la risoluzione? Questo è ciò che dee decidere la corte suprema.

2. Questa parte della decisione della gran-corte è poggiata sul certificato di perquisizione dell'accusato. Ma esso mancava nel processo instruttorio; il che non attesta la diligenza di chi avea dalla legge il dovere di presentare alla gran-corte il processo in tutte le sue parti compiuto 2).

3. Dopo di ciò il ministero pubblico presentava il suo atto di accusa; e niuna parola ci vi facea della recidiva. *Galimi* era accusato di furto in tempo di notte, in casa di campagna, con violenza e con percosse gravi a danno ed in persona di *Domenico Castagna*; ipotesi preveduta dagli art. 408, 411, 412, 419, 422 e 423 delle leggi penali. La recidiva è preveduta dall' articolo 78, il quale in questo atto non pure non era citato, ma nemmeno sospettavasi che aver potesse rapporto alla causa.

4. Nel costituto si diede al reo conoscenza dell' atto di accusa per il furto con quelle qualità, ma senza recidiva: la decisione di sottoposizione all'accusa venne accettata. Trascorse il termine de'cinque giorni senza alcuna eccezione, e si aprì quello delle 24 ore. Il ministero pubblico vi produsse la sua nota di testimoni, e scrisse in piè di essa: *produce inoltre tutti i documenti ch' esistono in processo, e che sono necessarii a sostenere l'accusa:* formola di dire assai inesatta, anzi contraria alla legge, perchè egli doveva specificare quali documenti produceva, e di quali ci credeva necessaria la lettura 3). Ma di ciò non si dolse il difensore, e perciò io non posso elevarlo a nullità: la facoltà di dedurla è prescritta col silenzio serbato dalle parti pria di passarsi agli atti ulteriori. Certo è però che nemmeno in quella formola può dirsi compresa la fede di perquisizione, la quale nel processo già pubblicato non esisteva fino a quel giorno. E se anche vi fosse esistita, nemmeno vi era compresa, perchè il procurator generale parlò de'documenti necessarii per sostenere l'accusa, e nell' accusa non si fa menzione della recidiva.

5. Questa nota fu intimata nel dì 29 novembre 1832, a'20 dicembre fu appuntata la causa per il dì 4 genn. 1833, e nell'ordinanza di appuntamento venne indicato il misfatto di cui dovea giudicarsi, con le qualità espresse nell'atto di accusa; cioè a dire senza farsi parola della recidiva (a).

6. Intanto nel giorno stesso in cui si apre la pubblica discussione, cioè a dire

1) Nella causa di *Francesco Galimi*, 17 aprile 1833, Franchi comm., Nicolini m. p. — V. il n. XXI, § 8. pag. 138, ove l'arresto di questa causa è citato.

2) Art. 138 pr. pen.

3) V. il n. VIII, § 12, 16 e 17, pag. 63.

(a) *Sappiamo che la nuova giurisprudenza della Corte di Cassazione si è allontanata dalla nostra antica al proposito della recidiva, avvisando che letta la fede di perquisizione nel dibattimento, può accrescersi la pena pel secondo reato, e che la Corte d' Assisie non dee proporre alcuna quistione ai giurati, non si trattando di fatti sui quali bisogna quelli interrogare, e riguardando la recidiva una qualità morale e giuridicainduce, un esame di dritto e non già di fatto. Arresto 2 marzo 1863 per Luigi di Pierro, rel. Giannattasio, P. M. Defalco, e 3 marzo detto anno per Leonardo Forleto, rel. Giordano, P. M. Defalco.*

È inutile di qui ripetere che l'antica giurisprudenza è più giusta, non essendo regolare cambiare il titolo dell'accusa tanto nel fatto principale quanto nelle circostanze aggravanti, e facciamo voti pel ritorno in questa parte alla saviezza della nostra antica giurisprudenza. Una volta fermata l'accusa, l'accusato vi acquista diritto, prepara la sua difesa relativamente alla fatta imputazione, e non corre il pericolo di vedersi giudicato e punito qual recidivo sopra una semplice somiglianza di nome.

nel dì 4 gennaio, il cancelliere, non richiesto, inserisce nel processo il certificato che *Galimi* era stato nel 1822 condannato per altro furto a sei anni di relegazione. Tal certificato non venne intimato al reo, nè al suo difensore. Il processo non era in quel giorno in cancelleria, ma nelle mani del commessario per farne rapporto all'udienza pubblica; nè vi è traccia che in questo rapporto si fosse fatto cenno del nuovo documento.

7. Si apre la discussione pubblica: si legge l'atto di accusa, che non parlava, nè parlar poteva di recidiva: il presidente richiede l' accusato se abbia cosa ad osservarvi, e tutto l' esame de' testimoni a carico si fa nella buona fede, che di non altro che della sussistenza di quell'atto di accusa, nè oltre del reassunto di esso, si trattava.

8. Finito l'esame a carico, il processo verbale della pubblica discussione lo chiude con la particella seguente: *Si è data lettura della fede di perquisizione.* — Ma chi ordinò questa lettura? Chi la richiese? Fu dunque un fatto ultroneo del cancelliere, come un fatto ultroneo del cancelliere fu l'averla estratta e nel processo inserita, non solo dopo che i termini erano trascorsi, ma nel dì medesimo in cui si celebrava la pubblica discussione, senza che l' accusato o il suo difensore ne sapesse l'esistenza.

9. Ben poteva il difensore opporsi a questa lettura come a quella di un documento non noto a lui, e non indicato nella lista del pubblico ministero 1). Ma egli nol fece, e si limitò ad osservare che non poteva trarsene ragione di recidiva, perchè questa circostanza non era stata compresa nell'atto di accusa, nè egli aveva potuto su di essa difendere l' accusato. Non rigettato dal processo, poteva al più essere un documento di *levità di vita*.

10. Ad onta di ciò il ministero pubblico dimandò l'accrescimento di un grado per la recidiva, e la gran-corte vi fece dritto. La nullità della lettura è dunque sanata col silenzio. Rimane la quistione su l'eccezione proposta dal difensore, la quale riguarda la regolarità dell' applicazione della pena.

11. *Iudicio recepto* 2), o sia *lite contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit* 3), e specialmente *cum iam praesentem reum interrogaverit* 4), non è più dato all'attore dimandar nuove cose, sulle quali il reo non siasi difeso. La legge del 20 maggio 1808 riponeva la contestazione della lite nell'apertura del dibattimento 5). Le nuove ll. di pr. pen. non ne parlano: danno però la loro sanzione alla massima che non è lecito aggiungere mai nuove circostanze ad un'accusa, sulla quale, già scritta e pubblicata senza tai circostanze, il reo siasi difeso.

12. Di fatti se nel corso de'termini ed anche dopo, ma prima dell'apertura della pubblica discussione, sopraggiungano nuove circostanze non mentovate negli atti precedenti, gli art. 209, 210 e 211 proc. pen. danno l' obbligo della rinnovazione de'termini; e se sì fatte circostanze alterano l'atto di accusa, l'atto di accusa dev' esser rifatto. Se poi nel corso delle discussioni risulti un misfatto nuovo che non sia stato mentovato nell'atto di accusa, l'art. 299 prescrive che l'imputato debba esser rimesso ad un giudizio novello. È permesso poi al pubblico ministero dall'art. 276 di aggiugnere o togliere nelle sue conclusioni qualche circostanza *aggravante il fatto principale* su cui è fondata l'accusa, secondo che tal circostanza risulti o svanisca nella pubblica discussione. Ma dalle parole stesse con le quali è concepito quest' art., ognun vede che sì fatte circostanze debbon essere così inerenti al fatto constitutivo dell accusa, che la verità di esso ne rimarrebbe sfigurata e travolta, se venisser soppresse: perciocchè il dibattimento (uso le parole di altre mie conclusioni e di un arresto di questa corte suprema del 22 giugno 1818 nella causa di *Nicola Galano*) il dibattimento non è instituito ad altro fine, che per conoscere con chiarezza tutte le circostanze e le qualità del fatto, che forma il soggetto dell'atto di accusa; a segno tale che l'omicidio caratterizzato in questo per pre-

1) Art. 243 pr. pen.
2) L. 1, C. III, 1, *De iudiciis*.
3) L. 1, C. III, 9, *De litis contestatione*.
4) Nov. 53, cap. 3.
5) Art. 99 della legge del 20 maggio 1808, detto *regolamento di procedura*.

meditato può definirsi scusabile, e l'omicidio scusabile può definirsi premeditato, ed il furto che nell'accusa non ha che una o due qualità, riceverne un' altra. Circostanze son queste intrinseche al fatto in quistione, ed inseparabili dalla verità del medesimo 1).

13. Ma non è così per le circostanze indipendenti dal fatto che costituisce l'accusa, le quali non per natura intrinseca del fatto accusato, ma per altri riguardi della legge, aggravano bensì la pena del colpevole, ma non il fatto criminoso, soggetto principale dell'accusa. Tale è la recidiva. *Poenam veteris admissi consuetudini potius, quam emendationi deputare* 2), è una circostanza del colpevole la quale macchia la sua vita anteriore, e non altera il fatto principale su cui è fondata l'accusa: questo sta senza di quella: l'altro furto non influisce su di esso, ed il furto è punito per se medesimo, e non perchè il colpevole fu altra volta condannato: indipendentemente dal misfatto dieci anni prima giudicato, il nuovo ha nome legale e pena propria della legge. Veggo bene che maggiore è la perversità del reo, quando egli *in eadem temeritate propositi perseverans* 3), prosegue ne' misfatti per l' abitudine criminosa a commetterli; ed è perciò che di questa instruito il giudice in qualunque modo, regolarmente avrebbe dato al colpevole il massimo del terzo grado di ferri. Ma il grado superiore, non è commesso all' arbitrio del giudice: bensì per potervisi ascendere si esigeva che la lite fosse stata contestata per un furto non pur qualificato per sè stesso, ma commesso da reo non corretto da altra condanna.

14. Da ciò si vede che la quistione nell' interesse del condannato è assai lieve: perciocchè ben poteva il giudice condannarlo a ventiquattro anni di ferri: con quell' accrescimento di grado glie ne ha dati venticinque. Ma non può dirsi mai lieve e da non tenersene conto una violazione della legge.

15. Ed io a questa disamina ho una scorta certa in due arresti di questa corte suprema, entrambi del 22 dicembre 1818, il primo nella sopra indicata causa di *Niccola Galano* (§ 12), l' altro nella causa di *Procolo d' Elena*. Questi arresti son serviti costantemente di norma in tutti i casi simili dal 1818 fin oggi 4).

16. In essi è rilevato che la circostanza della recidiva è indipendente dal nuovo reato, e non solo non nasce dal fatto principale su cui fu fondata l'accusa, ma viene da un fatto tanto estraneo e diverso, quanto l' è un altro reato precedentemente commesso e giudicato.

17. Nè questa è circostanza su cui non potea cadere una difesa particolare dell' accusato. Egli potea disputare della identità della persona, della veracità del documento, della inesattezza del certificato di perquisizione, e di quant' altro è dato a' rei di opporre nel termine de'cinque giorni, e nel termine delle ventiquattr' ore, ed in tutto il dibattimento contro ogni pruova, contro qualunque documento, ed anche contro un giudicato. *Galimi* dunque su questa parte è stato condannato indifeso. Se non che essendosi già celebrata la pubblica discussione a carico senza ch'egli avesse potuto sospettare che si tenesse in serbo un sì nocevole documento, egli non può vedere annullata la discussione pubblica, nè i termini precedenti per dar luogo ad altra accusa con questa circostanza. Prima dell' apertura della pubblica discussione il ministero pubblico avrebbe potuto così chiedere: ma dopo che la pubblica discussione ebbe luogo, è chiaro che di questa circostanza sviluppata repentinamente in dibattimento, il pubblico ministero potea fare sol uso per aggravarne la fama dell' accusato, e dimandare il massimo della pena del misfatto sul quale costui s' era difeso, non già per passare ad un grado di più, quale sarebbe convenuto per la circostanza stessa, se questa fosse stata compresa nell' accusa. Il ministero pubblico dunque e la gran-corte han violato gli art. 209, 276 e 299 della ll. di pr. penale.

18. Per le quali cose io dimando a'termini dell' art. 328, che si annulli nella decisione impugnata tutta la seconda e

1) V. il n. XII, pag. 91 § 22 e segg. ed il n. XXII, pag. 141 § 5 e segg. ed il n. XV, § 19. pag. 220.
2) L. 3, C. I, 4, *De episcopali audientia*.
3) L. 28, D. XLVIII, 19, *De poenis*.
4) Suppl. alla collez. delle ll. n. 191.

la terza quistione, e ritenuta intatta la prima con la dichiarazione di reità: *Consta che Francesco Galimi abbia commesso il misfatto di furto in tempo di notte, in casa di campagna, con violenza, ed accompagnato da percosse gravi per gli accidenti in danno ed in persona di Domenico Castagna*, si rinvii la causa ad un' altra gran-corte, la quale applichi a questa dichiarazione la pena 1).

—

XVIII.

Quando nel caso d' una definizione la quale non trovi tutti gli elementi suoi ne' fatti espressi nella decisione, debba la decisione annullarsi per intiero. — Bestemmia.

1. Signori 2), antichissima e santa quanto il LEVITICO 3), è la ragione della pena contro la bestemmia. Lasciamo a' pagani, ed ai principi pari a Tiberio la massima poco religiosa: *deorum iniuriae diis curae* 4). Se la religione è la più salda base di ogni stato civile, offende pur questo chi lei dispregia e maledice.

2. Ma il DIVINO INSTITUTORE DELLA NOSTRA SACROSANTA RELIGIONE non volle lasciar tal concetto all' arbitrio di uno zelo indiscreto, nè l' intelligenza di tal voce alla significazione volgarmente letterale, e perciò o troppo vaga o troppo farisaica. Là dove con parole di fuoco scendeva a smascherare i falsi devoti, ivi fu che perdonando lo sfogo inconsiderato di una subita ira, solo le cupe e pensate malvagità fulminava: *Omne peccatum et blasphemia remittetur hominibus; spiritus autem blasphemia non remittetur* 5).

4. E per lo appunto questa bestemmia di spirito, esecrazione uscita *da chi spregiando DIO col cuor favella*, come si esprime il padre della italica sapienza 6), questa fu punita da GIUSTINIANO con pena capitale: a tal pena soggettati venner coloro i quali per ispregiare il DIO de'cristiani, in un impero vastissimo nel quale erano ancor molti i pagani, gli davano nel loro vano pensiero membra e figura come quelle degli dei di legno e di creta che i pagani fingevano, ed a fine di trionfarne con questo spregio, *per capillos Dei et per caput iurabant* 7). Ed è da avvertire che qui l' imperatore soggiunge: *civitas et respublica per hos impios actus laedi*: tanto egli richiede per sottoporre un reo a pena sì grave, l'*empietà dell' animo* congiunta alla iniquità scandalosa della parola.

5. Ma per gli uomini, che senza empietà sacrilega dell' animo, nel cieco impeto d' un riprovevole trasporto, scappano fuori con parole di dolore o accenti d' ira, sconvenevoli al rispetto dovuto alla divinità, quantunque costoro sien tali da far non lieve ribrezzo anche a' cuori men pii, pure il Pontefice GREGORIO IX non impose al reato altra pena, che di orare pubblicamente per sette consecutive domeniche nell' atto del sagrifizio solenne all' uscio della chiesa 8). Per lo che la nostra pramm. VIII. *de blasphemantibus*, punì, è vero, nel 1726, di quattro anni la bestemmia, ma *l'orribile ed esecranda; quella che attacca a dirittura l'onor di DIO e de'suoi Santi;* quella cioè che con la voce *empia* (*impios actus*) caratterizzò GIUSTINIANO.

6. Dietro ciò il nostro augusto e religiosissimo Legislatore nell'art. 101 delle ll. pen. e nel real decreto del 5 maggio 1827 non si contentò di preveder la bestemmia; volle definirla. *La bestemmia, o sia l'empia esecrazione del nome di DIO e de'Santi.* Niuna parola si può dire oziosa nella legge. Se dunque questa legge non fu contenta alla sola voce, *esecrazione*, cioè *detestazione, maladizione, imprecazione* in generale, ma la determinò e la circoscrisse con l'aggiun-

1) Così venne deciso.
2) Nella causa di *Pietro Giorgio*, 12 ottobre 1832 CAMERANO comm., NICOLINI m. p. — V. *sup.* n. XV, pag. 340.
3) Cap. XXIV, v. 15 e 16.
4) TAC. Ann. I, 73.
5) MATH. cap. 12.
6) DANTE, Inf. XI, 51.
7) Nov. 77.
8) Cap. *statuimus*, 2, X, *De maledicis*.

to *empia*, rigettò la definizione troppo ampia di qualche straniero scrittore: *Omne convicium, contumelia, vel maledictum in Deum, est blasphemia* 1), nè gli bastò il semplice fatto materiale delle indegne parole, ma vi previde unita l'empietà, la quale è propria dell'intelletto, corrompitore della volontà. La nostra patria giurisprudenza non può essere da maggiore, nè da miglior maestro illuminata e diretta, che dal nostro grande AQUINATE *Quod nomen blasphemiae importare videatur quamdam derogationem alicuius divinae excellentiae; quod ille qui contra Deum loquitur, convicium inferre intendens, deroget divinae bonitati, non solum secundum feritatem intellectus, sed etiam secundum pravitatem voluntatis, detestantis et impedientis pro posse divinum honorem; quod est blasphemia perfecta* 2). Brutalità d'intelletto 3), congiunta alla pravità della volontà, è per l'appunto ciò che disse un antico, *mala mens, malus animus* 4). Questa è la *bestemmia di spirito* del Vangelo; e questa parve a molti che sia l'*esecrazione*, la quale dall'empietà che manifesta, volle intender la legge con l'aggiunto *empia*: ogni altra esecrazione è bestemmia imperfetta. Di questa intelligenza il ricorrente si fa scudo, e crede che alle sue parole, quali sono dalla gran-corte riferite, mal convenga il nome *bestemmia*.

7. Quando (egli dice) una corte criminale dee giudicare di questo reato, non basta per applicarvi l'art. 101 ll. pen. ed il real decreto del 1827, non basta che tra i fatti della motivazione riferisca soltanto le parole profferite dal reo; conviene bensì che le definisca esser esse nella intenzione del colpevole, più che secondo la coscienza comune degli uomini, dirette a derogare ad una eccellenza divina 5), e particolarmente alla divina bontà, sì che nella volontà del reo sia la detestazione e maledizione *orribile ed esecranda, che attacca a dirittura l'onor di Dio* o *de' suoi Santi*, come dicea la prammatica; *detestantis et impedientis pro posse divinum honorem*, come dicea S. TOMMASO. — Io però credo alquanto esagerata questa intelligenza dell'art. 101; nè dico io già che per dirsi punibile la bestemmia si debba ricercare nel secreto del cuore un tanto empio fine che il reo si propose, come nelle ipotesi degli articoli 92, 93, 94, 95 e 96 delle ll. penali. A me basta che le parole esecrabili sien tali che disgradino nella mente degli uomini l' onore dovuto a DIO; giudizio di fatto esterno e di scandalo, più che quistione di preconcepita intenzione 6).

8. Or la gran-corte di Terra di lavoro non espose altro nella motivazione di questa decisione, che il solo fatto materiale cioè lo avere il *de Giorgio*, nel caldo di un avvenimento che tutti metteva in tumulto i suoi affetti, profferite parole contro il santo nome di DIO. Ma non esaminò la causa sotto l'aspetto di parole udite con *orrore* dagli astanti, o tenuto per *empie* da tutti, benchè il reo non avesse intenzione di derogare alla divina bontà e disgradarla *pro posse humanum*, per quanto cioè è in potere del vile e superbo insetto che osa pronunziarle. Ella dunque non esprime nel fatto tutte le condizioni dell' ipotesi della legge penale; e perciò viola il § 1 dell'art. 293 prescritto a pena di nullità, e l'art. 219 della l. organica; legge d' ordine pubblico. Non ammetto la teoria del difensore del ricorrente, il quale avrebbe desiderata la proposta e la risoluzione della *quistione intenzionale*, perchè in niun reato la nostra legge la esige (a). Chi ruba per

1) CLARUS, lib. 5, sent. § *Blasphemia*.

2) S. THOM. 2, 2, q. 13, in C.

3) *Feritas intellectus*, di S. TOMASO fu tradotta in *bestialità*, *matta bestialità* da DANTE. Inf. XI, 83.

4) TER. *Andria*, I, 1, v. 137.

5) E così è *bestemmia di fatto* violare con questo empio fine le cose e le persone sacrate a DIO.

Qualunque ruba quella o quella schianta
Con bestemmia di fatto offende DIO,
Che sole all' uso suo la creò santa.
Purg. XXXIII, 58.

6) L'estimazione dunque del valore delle parole profferite non è soggetta alla censura della corte suprema. Arresto del 9 luglio 1834, nella causa di *Giovanni Luberti*, LONGOBARDI comm, NICOLINI m. p. — Ma il non estimarno affatto il valore, fa mancare la motivazione d' una circostanza della ipotesi della legge, e quindi rende nulla la definizione del reato.

(a) *Quanto alla bestemmia, contrariamente a quello che osserva l'autore su la quistione intensionale del fine di oltraggiare la religione non più richiesto pel famoso Rescritto del 7 febbraio 1835, oggi invece forma un requisito essenziale per la*

forza o invola la roba altrui e se l'appropria, disvela nel fatto ch' ei la tolse con animo di farla sua. Chi ferisce e con la ferita mette a morte alcuno, se non è furioso o demente, mostra nel fatto il suo dolo; e perchè nella ferita con arme impropria sia necessario di proporre la quistione del *fine* per cui si ferì, vi fu mestieri d' una espressa dichiarazione della legge 1). Ma dove la legge non comanda espressamente che questa quistione si elevi, non deve il giudice elevarla. Egli però non può far a meno di esprimere nel furto non solo il fatto della violenza o dell' involamento, *invito domino*, ma anche il fatto di recare in sua mano la cosa; come nell'omicidio non può fare a meno di esprimere i colpi che lesero gli organi dell'assalito, e la costui morte che li seguì: fatti esterni che dichiarati non danno più il bisogno presso di esseri ragionevoli che si perda il tempo in quistioni degli interni moti del cuore, solo che non si opponga che *compos sui* non era l'autore di essi. Fatto esterno, *voce dal seno uscita*, è la esecrazione attribuita a *de Giorgio*. Per dirla *bestemmia*, conviene che fosse stata di tali parole che nella comune intelligenza degli uomini deroghino alla bontà divina. Questa estimazione del fatto esterno dovea farsi dalla gran-corte: altrimenti si darebbe luogo all'arbitrio, tanto più funesto, quanto più il reato è di natura sfuggevole, nè di sè lascia vestigio. Sembra dunque che la definizione nella quale si risolvono i fatti espressi nella decisione che esaminiamo, non sia letteralmente quella della legge, per applicarvi poi la sanzion penale.

9. Io però non posso censurar la sola definizione, ritenendo i fatti espressi nella decisione, perchè il nuovo giudice, senza pubblica discussione, non avrebbe facoltà di estimare alcun fatto, come non l' ha di estimarlo diversamente da' primi giudici 2). Adunque questo motivo porta di dritto l'annullamento di tutta la decisione 3).

10. La stessa è l' indole del secondo motivo. Dei non pochi astanti alla rissa, la quale eccitò costui a prorompere in parole sì stolte, altri riferisce queste in un modo più reo, altri in un modo più lieve. Ciò non ostante dice la gran-corte che com' ella si convince, così unanimamente è stato riferito da tutti. Se si trattasse d'indizii d' un furto o di un omicidio, la gran-corte non avrebbe obbligo d' indicare i fondi di pruova: potrebbe accogliere i detti che le sembran veraci, e preferir questi, e non mentovar quelli che non le sembran sinceri. Anzi di quelli stessi che accoglie, non mi farebbe impressione s'ella in una formola complessiva dicesse: *il tale involamento, la tale ferita è deposta unanimamente da cinque testimoni*, mentre nelle circostanze particolari i cinque testimoni non sono unanimi. Direi allora che sì fatta unanimità non debba apprendersi secondo la rigorosa significazion della voce, ma come di testimoni *in unum conspirantes concordantesque rei finem* 4), e benchè concordanti nella somma, negli atti particolari sieno discordi 5). L'idea di furto, l'idea d' omicidio, sono idee complesse, composte di molti atti, ed alcuno li ha potuto vedere da un lato, alcuno da un altro.

incriminazione della bestemmia il fine di oltraggiare la religione, giusta il seguente articolo: Chiunque con animo deliberato proferisca pubbliche contumelie ad oltraggio della religione sarà punito con multa estensibile a lire cinquecento e con gli arresti (articolo 185). Gli è codesta una pena ben proporzionata ad un trascorso che bene spesso muove da uno stato particolare di irritazione

Intanto le leggi antiche vi comminarono le pene più assurde e feroci e fino il troncamento della lingua. Era un bel modo di riconciliare l' uomo con Dio! Le contumelie non potendo essere incriminate se non commesse pubblicamente, uopo è conoscere di essere luoghi pubblici ai sensi del Decreto del 5 giugno 1827 le strade pubbliche, le piazze pubbliche, i caffè, le osterie, le bettole, le cantine, i bigliardi, le spezierie e gli altri luoghi abituati a riunioni aperte nelle strade pubbliche o nelle pubbliche piazze. Senonchè ove da un loggiato o balcone si profferissero le contumelie, o da qualunque altro sporto nei luoghi pubblici, non si avrebbe meno il dato di pubblicità che la legge esige per la punibilità delle dette contumelie.

1) Art. 391 ll. pen.—V. il n. XI, pag. 200 § 6 e segg. di queste *Quistioni*.

2) V. *sup.* il n. XI, § 3, 9, 10.

3) V. il n. XXXII, § 19, pag 450, ed il n. XVI, § 14, pag. 759.

4) L. 16, C. IX, 47, *De poenis*.

5) V. i nn. XVIII, XIX, XX, pag. 767-772-774.

11. Non è così nel particolar reato di cui ci occupiamo. Perchè questo abbia la pena dell'art. 101 e del real decreto del 1827, conviene ch'ei sia commesso in un *luogo pubblico;* nè vi è *luogo pubblico*, nel senso dell'art. 101, ove non si trovi in atto qualche persona alla di cui presenza le parole si profferiscano, secondo ciò che definisce l' art. 112 della l. 20 maggio 1808 1) e lo stesso real decreto del 1827. *La bestemmia si reputa pronunziata in luogo pubblico, allorchè è profferita nelle strade pubbliche, nelle piazze pubbliche, ne' caffè, nelle osterie, nelle bettole, nelle spezierie, ed in altri luoghi di abituali riunioni aperti nelle strade pubbliche e nelle pubbliche piazze* 2). All'incontro il carattere costitutivo di questo reato consiste appunto nelle parole, che identiche e precise in questi luoghi pubblici gli astanti raccolgono. Se dunque di costoro alcuni dicono aver udite parole più superbe, alcuni più rimesse, non può il giudice di fatto, in un reato di parole, convincersi delle più forti, senza dar ragione perchè in queste dichiarazioni più gravi trovi fede più sincera, sì che in esse *potius lux veritatis adsistit* 3). Non è vero poi che unanimamente tutti i testimoni attestino aver intese e riferite in pubblica discussione le parole colpevoli in quel modo, e così e non altrimenti, come la gran-corte le riferisce. Par dunque violato anche il § 2 dell'art. 293 pr. pen.

13. Per le quali cose richiedo l'annullamento della decisione dal termine delle 24 ore in avanti 4).

XIX.

Reale rescritto del 7 febb. 1835. — Ne' reati di bestemmia non vi è bisogno di elevare la quistione intenzionale.—La bestemmia non è scusata dall' ebbrietà.

1. Le ll. penali dispongono coll'articolo 101 : « La bestemmia, ossia l'empia « escrazione del nome di DIO e de'SAN- « TI, profferita in chiese aperte al pub- « blico culto, o in altri luoghi nell' atto « di sacre e pubbliche funzioni, sarà pu- « nito col terzo grado di prigionia. Senza « dette circostanze la bestemmia in luo- « go pubblico, è punita col primo grado « di prigionia, o confino ».

2. Il decreto de'5 maggio 1827, ritenendo la definizione della bestemmia, ha portato cangiamento nella parte dell'articolo 101 relativa alla pena.

3. Ne'giudizii de'bestemmiatori trovansi elevate quistioni non risolute con uniformità di parere da' magistrati. — Propriamente è quistione,

I. Se tra i caratteri constitutivi della bestemmia entri l'empio fine di far onta alla Religione Cattolica Apostolica Romana; ed all'effetto se debba nella decisione sul fatto trovarsi elevata o risoluta la quistione intenzionale sul concorso di tal empio fine:

II. Se nell'esame della quistione di fatto debba tenersi conto dell' ebbrietà addotta in sua difesa dal bestemmiatore.

4 Le leggi penali che per alcuni dei reati contro il rispetto dovuto alla religione esigono l' empio fine di far onta alla stessa, tralasciano di menzionarlo nel reato di bestemmia, che fa consistersi unicamente nell' *empia esecrazione* del nome di DIO e de' Santi. La parola *empia* (sinonimo d' *irreligiosa*) serve come aggettivo di *esecrazione* a discegnarne la qualità *irreligiosa*, senza penetrare punto

1) L. 26 e 27, D. *De legibus*.

2) L'ingresso aperto della propria casa, ove alcuno entrando pronunzii parole riprovevoli, non è il *luogo pubblico* di cui parla l'art. Arresto nella causa di *Carmine Conelli*, 25 febb. 1833, CELENTANO comm., NICOLINI m. p.

3) L. 21, D. XXII, 5, *De testibus*.

4) Così venne deciso. — Ma alcuni andarono più oltre, esigendo una particolar proposizione di quistione intenzionale: anzi nelle bestemmie dalle quali sono talvolta infamate le bettole, essi venivano in mezzo con la scusa dell'ebbrietà, quasi che quella che non toglie del tutto la coscienza di sè a' termini dell'art. 61 delle ll. penali, potesse scusare alcun reato (V. il n. XIV, pag. 101). A riparare a queste esagerazioni di mal intesa filantropia, che potrebbero falsare la vera teoria di S. TOMASO e la legge, fu promulgato il real rescritto del 7 febb. 1835 che trascriviamo nel n. seguente.

nel pensiero di chi ha osato pronunziarla. La voce *empia* non può al certo equivalere all' intera espressione di *empio fine di far onta alla Religione*, sino a disegnar essa sola il senso che si ha nell' unione di tutte queste parole.

5. Giudicare se in un' azione siavi reato, importa giudicare se abbiansi in essa i caratteri espressi dalla legge nel determinarne la forma. Quindi essi soli debbono fare oggetto di discussione senza vagarsi inutilmente su di altri, che non richiesti sieno estranei alla esistenza del reato. Ed è perciò che nella giudiziaria quistione di fatto si nomina il reato nella forma stessa datagli dalla legge, e ne'suoi termini stessi riportati nella dichiarazione di colpabilità. L' *empio fine di far onta alla Religione*, non portato tra gli elementi costitutivi della bestemmia, non deve entrare nel suo giudizio, nè dar luogo a quistione intenzionale.

6. L' art. 274 delle leggi di proc. pen. che determina il modo di elevar in giudizio la quistione di fatto, non vi comprende la quistione intenzionale. Ciò per altro non importa che sia trascurata la parte morale dell' azione, giacchè nel generale essa comprovasi dal fatto stesso materiale, che svela la reità dell' agente 1). Per l'uomo che non sia in demenza o in furore nel senso dell'art. 61 delle leggi penali, è impossibile ch'egli creda lecito maledire la DIVINITÀ ed i SANTI fino a pronunziar l' esecrazione de' loro nomi in tutta l' innocenza e purità d' intenzione. Col variar la definizione legale della bestemmia si darebbe al divieto tanta limitazione da non comprendere la bestemmia profferita per licenza di mal costume. Favorito il bestemmiatore di sì fatta limitazione, potrebbe impunemente, anche ne' luoghi santi di adorazione, offendere il rispetto dovuto alla Divinità, contaminar la morale ed indebolire lo spirito della Religione.

7. L' ebbrezza poi, non costitutiva di scusa legale ne' reati in generale 2), non può convertirsi in legal motivo di giustificazione nella bestemmia (a).

8. In considerazione delle cose esposte, SUA MAESTÀ, nel consiglio ordinario di Stato del 26 gennaio scorso ha sovranamente dichiarato che ne' giudizii dei reati di bestemmia non siavi luogo ad elevar quistione intenzionale, e che l' ebbrezza ne' reati stessi non sia cagione legale di scusa.—Nel Real Nome ec.—Napoli 7 febbraio 1835. — NICOLA PARISIO.

—

XX.

Continuazione del comento dell' art. 327 (n. XI e XVIII).— Quando nel caso di definizione d' innocenza, debba la decisione annullarsi per intiero.—Ammessibilità del ricorso del p. m.

1. Signori 3), la quistione dell'ammessibilità de' ricorsi del ministero pubblico e della parte-civile in questa causa, e la quistione del merito di essi, sono qui così connesse fra di loro, ch'io non posso ragionar dell' una senza discuter l'altra: an-

1) V. nella concl. preced. il § 8.

2) L'ebbrezza che non toglie tutta la coscienza di sè, non può essere scusabile più delle passioni, ove queste nemmeno la tolgano. Anzi le passioni che sono della natura, mentre l'ebbrezza è sempre artefatta, non sono tutte motivi di scusa: la sola ira ingiustamente provocata è motivo di scusa, e ne'soli reati di sangue commessi incontanente, e non l'è sempre. Ma se alcuno va in furore o cade in demenza per qualunque passione che faccia dell'uomo un bruto o una macchina, in questo stato in cui non vi è più legame tra l'azione e il pensiero, mal si direbbe esservi scuss d'azione imputabile, non essendovi affatto imputazione di azione. V. i nn. XVIII e XIX pag. 125-127.—E del pari quando avviene che alcuno per abuso di bevande inebbrianti perda ogni conoscenza di sè, oè più conservi alcun legame tra la sua intelligenza ed i suoi atti esterni abbiam dimostrato altrove quale possa essere il suo grado d'imputazione. V. il n. XIV, pag. 101 ed il trattato *delle scuse* in seguito.

(a) *Se la ebbrezza pel novello codice penale imperante in queste nostre provincie può essere causa legittima di giustificazione totale o parziale del reato secondo le sue diverse gradazioni, giusta le cose da noi osservate dinanzi, tanto più giova ad escludere il reato di bestemmia per lo quale la legge vuole* l'animo deliberato *da parte dell'agente ed il fine di* oltraggisre *la religione.*

3) Nella causa di *Cepparulo* e *Scola*, 24 sett. 1834, DI GIOVANNI comm., NICOLINI m. p.

—

zi nè l' una nè l' altra può ben definirsi, senza premettere un' idea precisa de'fatti da' quali entrambe dipendono. Mi è forza dunque incominciar prima da questi.

2. Il bosco *Vandra* appartiene al patrimonio comunale di *S. Germano*. Ne fu venduto il diradamento a' sigg. *D' Aguanno* e *Lanni;* e costoro ne cedettero la facoltà a D. *Giuseppe Cepparulo* e *Giosuè Scola*. I patti principali di tal contratto erano tutti intesi alla uguale e ben ripartita manutenzione del bosco, ed alla osservanza dell' art. 113 della legge forestale. Per provvedere alla prima fu convenuto di qual indole dovessero essere gli alberi da recidersi, e quanto il numero delle piante che dovevan essere ad uguali distanze e di parte in parte rispettate: per provvedere alla seconda, bastò accennare il divieto di construire carbonaie o calcaie nell' interno del bosco od almeno alla distanza minore di 400 passi fra loro, perchè anche senza patto ciò prescrive la legge. Ognun vede l' importanza di tal provvedimento a fine di evitare gl' incendii che funestano da qualche tempo tante parti di Europa. Guardare con indifferenza la violazione di questa legge, mostra un animo non curante della sicurezza delle proprietà pubbliche e private, nè della tranquillità generale. La causa presente dunque ove si disputa principalmente di sì fatti divieti, dev' essere considerata come causa pubblica, anzi tra quelle che più da vicino la cosa pubblica risguardano.

3. Giunse tosto notizia all' intendente della provincia, che nè il diradamento di *Vandra* si eseguiva da' compratori del legname con le proporzioni fissate nel contratto, nè il bosco si difendeva dalle carbonaie, le quali si accendevano non pure a molta vicinanza tra esse, ma nel più folto, anzi nel cuore stesso del bosco. Ne commise perciò la verificazione ad un guardia-generale.

4. Il guardia-generale non trovò persona alcuna sul luogo. Verificò nondimeno in presenza del sindaco, che il taglio era caduto sopra molti arboscelli giovani, esclusi dal contratto; che le distanze convenute non erano state serbate; che molte intere moggia erano rimaste ignude di alberi, e che le carbonaie si vedevano formate nel bosco medesimo e precisamente nel mezzo di esso.

5. La verificazione cominciò nel dì 18 ottobre 1833. e terminò al 19 dicembre. Nel corso di essa, e propriamente nel 26 novembre, *Cepparulo* e *Scola* citarono a comparire innanzi al tribunal civile sì il *sindaco* del comune, e sì i sigg. d' *Aguanno* e *Lanni* da' quali avean causa (§ 2), e lo stesso *guardia-generale* verificatore delle contravvenzioni, perchè costoro fossero condannati a' danni-interessi nascenti dall' impedimento prodotto all'esercizio del lor dritto da così fatta verificazione. Con questo atto intimarono alcuni documenti, ch' essi qualificarono di subaffitto del taglio e delle carbonaie. Niuna eccezione però ne trassero pel giudizio penale, e dissero solo che offesi dagl'impedimenti, essi avevano abbandonato il bosco. Il guardia-generale rileva che questo abbandono fu una vera fuga per evitare di farsi colpire nella flagranza, e salvarsi dall'arresto incorso per l'art. 127 della legge forestale. Certo è che non essendosi rinvenuto alcuno nel luogo, non era obbligato il guardia-generale a far citare *Cepparulo* e *Scola*, nè altri. Non si trattava di casa, ma di bosco 1); e la procedura forestale è parte della procedura penale, non della civile.

6. Il verbale è chiuso dalle seguenti parole: « I delinquenti, come autori principali, ma non rinvenuti sopra luogo, « sono Giuseppe Cepparulo e Giosuè Scola.... nella qualità di cessionarii degli « aggiudicatarii principali d' Aguanno e « Lanni. Essi han fatto eseguire la carbonizzazione nel bosco.... ed essi se ne « son dichiarati colpevoli per averlo confessato in un atto giudiziale presso il « tribunale civile, e dichiarato di essersi « loro impedita la lavorazione de'carboni « nelle vie, dentro al bosco formate. »

7. Giurato questo verbale dal *guardia-generale* e da' testimoni, venne intimato a *Cepparulo* e *Scola* con citazione a comparire in un giudizio correzionale. Nulla opposer costoro fino alla pubblica discussione. A questa si presentò il solo *Cep-*

1) Nella visita domiciliare dee chiamarsi il padrone di casa, o i familiari, congiunti, vicini ec. Art. 72 e 73 pr. pen. — V. la nostra *Pr. penale*, II, 589 e segg.

parulo. Egli non distolse da sè il giudizio, incolpando forse altri, nè attaccò di falso il verbale. Disse solo che il verbale era nullo, I, perchè fatto senza ch' ei vi fosse stato citato; II, perchè l'oggetto era di giudizio civile, siccome egli lo aveva intentato. Sul primo mezzo abbiamo già detto quanto basta: il secondo che oppone la *litispendenza*, ha la sua confutazione nella legge forestale. Il giudizio correzionale procedette innanzi con *Cepparulo*, reo presente, ed in contumacia di *Scola*.

8. Il giudice regio nella quistione di fatto, con saggio consiglio, distinse ciò che nel processo verbale faceva fede fino ad inscrizione in falso, da ciò ch'era rimasto alla sua cognizione. Dichiarò dunque certo ciò che si era verificato di fatto dal guardia-generale; e per la colpabilità degli autori, per la quale il guardia-generale non aveva fatto altro che produrre degli argomenti (§ 6), disse nella motivazione della sentenza: « Considerando « che D. Giuseppe Cepparulo, comparso, « non ha saputo negare il delitto in cui « è incorso, come l' ha confessato con « atto giudiziale...; e nel presente giudi« zio si è limitato, che forse potrebbero « essere di meno le piante tagliate, ed « egli potrebbe compensarle con lasciar« ne di più in altro luogo nel bosco stesso « ove ancora recisione non è avvenuta ». Dichiarati entrambi in parte autori, in parte mandanti de'loro lavoratori, furono condannati a due mesi di prigionia, all' ammenda, a' danni, alle spese.

9. L' appello, soscritto dall' uno e dall'altro, non fa che ripetere i due motivi (§ 7) fino allora discussi. Nel 28 maggio 1834 l'avvocato li estende; e qui per la prima volta. si dice, ch'eglino, già *subaffittatori*, avevano nuovamente *subaffittato* ad altri il diradamento; che se il diradamento e le carbonaie si eran fatti in contravvenzione del contratto primordiale e della legge, i due appellanti avrebbero potuto esser citati solamente in responsabilità civile, perchè la pena non colpisce che la sola individual persona de'rei. Presentò allora l'avvocato stesso i contratti co' quali credette appoggiare la sua eccezione.

10. Il primo di essi è un istrumento pubblico del 20 settembre 1833. Con questo si affida la lavorazione del carbone ai fratelli *Marini* e a una tale *Zullo*, ma ne'punti e siti del bosco che avrebbe destinati l'incaricato di *Cepparulo*. Il secondo è un foglio privato la cui data certa è del 22 novembre 1833, nel corso cioè della ordinata verificazione (§ 5), e quivi nel patto terzo si dà ad un tal *Zannella* e ad un tal *Trombetta* la facoltà di recidere sì, ma le sole piante marchiate. La lettura di queste carte, mostra per se stessa, anche con l' intervento di questi quattro, la diretta influenza del sig. *Cepparulo* nella recisione delle piante, e nella costruzione delle carbonaie. Ma l'andamento successivo del giudizio ci risparmia la pena di sì fatta disamina.

11. Questi documenti furono intimati al sindaco di *S. Germano*, parte civile, Costui si oppose vivamente all'ammessibilità dell'appello, per la non idoneità della cauzione de'condannati. La cauzione era stata presentata con alcuni documenti, ma non discussa. Con tutto ciò si aprì la discussione terminativa della causa. La parte civile reiterò l' eccezione di non essere l'appello ammessibile. La gran-corte, *atteso che gli appellanti trovansi sottoposti legalmente ad un modo legale di custodia, ed hanno inoltre offerta cauzione*, dichiarò *discutibile l'appello*.— Protesta immediata della parte civile.

12. Discesa la gran-corte al merito dell'appello, non diede pubblica lettura dei due documenti del preteso subaffitto; e quantunque da questi stessi emergesse, che nulla potevan fare i lavoratori senza le indicazioni e le ordinazioni precise di *Cepparulo* (§ 10), la gran-corte asserì che *nè autori principali*, nè *mandanti* furono *Cepparulo* e *Scola* de' reati commessi, e che non potevan esserne che responsabili *in un giudizio civile*. Chiuse la decisione con la formola: *Nella presente causa non vi è luogo a procedimento penale contra gli appellanti Cepparulo e Scola* 1), e condannò il comune

1) Formola contraria alla legge, la quale nei giudizii dietro discussione pubblica, dà la formola della definizione d'innocenza con la solenne pronunziazione: *consta che non*. — V. sup. n. XI, § 13, pag. 825.

di *S. Germano* alle spese del giudizio, anche in grado di appello.— Ricorso del ministero pubblico; ricorso della parte-civile.

13 Siccome s'insiste molto sulla inammessibilità di amendue i ricorsi, così è necessario guardar minutamente tutte le circostanze che li accompagnano.

14. La decisione della gran-corte è del 9 giugno 1834. Non appena ch' ella fu pubblicata, la parte civile si protestò nuovamente per l'annullamento di essa. A'26 giugno ella fu notificata alla parte civile medesima. Si rimarchi che ciò è fatto di ufizio dall'usciere, e non già ad instanza del pubblico ministero, come si cerca far supporre da *Cepparulo* e da *Scola*. Nelle notificazioni delle decisioni l'ufizio non è del min. pubblico, ma del cancelliere che commette la notificazione all'usciere, unico ufiziale ministeriale a ciò deputato; perciocchè il ministero pubblico dev' essere una delle parti da notificarsi 1). Il min. pubblico dee vigilare questa esecuzione della legge, come è incaricato a vigilarne ogni altra: ma non perciò forchiude il suo dritto, quando la oscitanza del cancelliere richiamasse la sua vigilanza. A' 29 giugno, cioè a dire fra i tre giorni, la parte-civile produsse formal ricorso, il quale tra le ventiquattr'ore è intimato a *Cepparulo* e *Scola*. Non so comprendere come questo ricorso della parte-civile possa dirsi irricevibile, almeno per gli interessi civili e per la competenza.

15. Or è indubitato per gli interessi civili, che la discussione della offerta cauzione non si fece mai secondo le norme della legge. Perciocchè non vennero letti in pubblica udienza i documenti a' quali ella veniva appoggiata; non si è definito affatto l'importare della cauzione, secondo ciò che prescrive l'art. 118 della procedura penale; non si è riconosciuto se gli immobili offerti in cauzione, depurati da' debiti ipotecarii, lasciassero tanto di libero, quanto giovasse a garentire una somma che doveva esser certa, ed un sesto di più, a'termini dell'art. 120. Questi due art. dunque sono stati violati: la loro osservanza si è richiesta a tempo debito: il dritto a dedurne a tempo la violazione, si è conservato con la protesta prima di passarsi ad altri atti: la protesta si è poi rivolta in formale ricorso presentato in termine, e notificato in termine a' condannati. La decisione dunque meriterebbe di essere annullata sotto questo rapporto.

16. Merita anche d'essere annullata per la dichiarazione d' incompetenza. Gli art. 4 e 5 pr. pen. danno la scelta a'danneggiati anche contro i responsabili di agire nel giudizio stesso penale, e di agire in un giudizio civile. Dunque la gran-corte, anche nel caso che si voglia tenere per vero che *Cepparulo* e *Scola*, non sieno che responsabili, non potea mai obbligare la parte-civile ad agire contro di essi in via civile soltanto: perciocchè anche nel caso che avesse dovuto rettificarsi il giudizio correzionale contro gli autori materiali delle contravvenzioni, niuna legge vietava al comune di perseguitare nel medesimo giudizio penale anche i responsabili, a'termini degli art. 348, 373 e 378 pr. pen. È chiaro dunque che i detti articoli 4, 5, 348, 373 e 378 sono stati violati.

17. In terzo luogo, il comune è stato condannato alle spese di tutto il giudizio, condanna che porta implicitamente un'azione di *Cepparulo* e *Scola* per tutti i danni e interessi cagionati loro da questo giudizio; il che comprometterebbe forse col sindaco il guardia-generale e l'Intendenza. Ma l' eccezione che si è fatta valere a pro di costoro non è stata dedotta che nel dì 28 maggio, quando essi spiegarono i loro motivi di appello. Fino a quel momento essi non han parlato dei due *Marini* nè di *Zullo* nè di *Zannetta* nè di *Trombetta:* essi han fatta lor propria la causa, o si son difesi per tutt'altra via, fuor che col surrogare a sè altri rei. Almeno dunque nella prima parte del giudizio il sindaco ha agito in buona fede.

18. In ordine poi al ricorso del ministero pubblico, si oppone la sua inammessibilità in primo luogo per la conoscenza ch'egli aveva della decisione, senza che intanto avesse spiegato il ricorso. Questa conoscenza si vuol argomentare dalla notificazione fatta, com'essi dicono,

1) V. il n. VIII, § 2 e segg. pag. 184 di queste *Quistioni*.

ad istanza del ministero pubblico alla parte civile e ad essi, ed anche dal *visto*, ch' egli appose al ricorso della parte civile. Ma oltre a ciò che sopra ne abbiam detto (§ 14), la legge della notificazione non è contenta a quelle notizie generali: poichè non vi ha dubbio ch'essendo stata la dispositiva della decisione pubblicata all' udienza nel dì stesso della sua pronunziazione, il ministero pubblico conosceva abbastanza l'esito della causa. Il *visto* ad un ricorso è assai meno di questo. Eppure l' art. 304 vuole la notificazione dell' intera decisione, composta di motivazione e dispositiva, e dopo di ciò concede tre giorni al ministero pubblico per produrre il ricorso 1). Or questa comunicazion solenne non fu fatta che nel dì 7 di luglio. Non è lodevole il cancelliere di non avervi impiegato l'ufizio dell' usciere, unico organo legale che riconosce la legge per le intimazioni, come nemmeno lo è per aver fatto trascorrere tanto tempo. Il primo che debb' essere notificato, debb'esser sempre il pubblico ministero, poi l'imputato e la parte civile. In questa causa si è tenuto un ordine contrario. Intanto è un fatto che al procurator generale non fu comunicata la decisione prima del giorno 7. Nel dì medesimo egli produsse il ricorso, e nel dì 8 fece intimar questo agl' imputati. Da questo lato dunque il ricorso è ammessibile.

19. Altro motivo d'inammessibilità si fa nascere dall' art. 318 pr. pen: *Contra le decisioni di libertà, sia provvisoria, sia assoluta, nascenti dalla sola quistione di fatto risoluta colle formole*, CONSTA CHE NON HA COMMESSO ec. ovvero NON CONSTA CHE ABBIA COMMESSO ec., *non compete al ministero pubblico nè alla parte civile il dritto al ricorso*. Ma dov'è che in questa causa siasi la quistione di fatto risoluta con una di queste due formole? Noi abbiamo nella decisione l'esposizione de' fatti de' quali la gran-corte si è convinta; ma invano vi cerchiamo la definizione di essi con alcuna delle formole terminative che l'art. 277 pr. pen. prescrive: *La gran-corte scioglierà le quistioni di fatto con una delle tre formole seguenti*: CONSTA CHE NON... NON CONSTA.... CONSTA CHE ABBIA COMMESSO. Dietro la convinzione de'fatti della causa e l'estimazione di ciascun d'essi in particolare, omette la gran-corte di raccoglierli in una e compendiarli nella formola la quale definendoli lor dia il nome di legge; e così da'fatti particolari non definiti va di lancio alla sanzione di legge, *non v'è luogo a procedimento penale*, ch'ella mal crede conveniente alla causa. — Permettetemi ch' io esamini con cura questo andamento perchè lo veggo a molte gran-corti comune, ed a me sembra in tutto contrario alla legge.

20. La legge vuole che nelle decisioni definitive si esprima intero un sillogismo. Nelle decisioni preparatorie e interlecutorie si può spesso sopprimere la *maggiore*, e nella *minore* constituita dal fatto, si può far uso di formola men legali. Ma in ogni definitiva, la *maggiore* si forma, a pena di nullità, dalla trascrizione del testo della legge sul quale la decisione è fondata 2). Ogni testo di legge si compone d' *ipotesi di fatto* e di *sanzione*. Or la gran-corte dee prima definire il fatto, applicandovi con le parole stesse della legge la ipotesi di questa, col mezzo di una delle formole dell'art. 277 pr. penale; e questa è la *minore*. Vien poi la *conseguenza*, ch' è l' applicazione della sanzione. Nella decisione sottoposta alla vostra censura abbiamo la *maggiore*, abbiamo la *conseguenza*; ma dov' è la *minore*?

21. L'omissione di ciò che far si dee, è violazione della legge che lo prescrive. *Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea quia non facit* 3). Il ministero pubblico e la parte civile avevan domandato che la gran-corte risolvesse la quistione di fatto con la formola, CONSTA CHE HAN COMMESSO ec.; gl' imputati che la risolvesse con la formola, CONSTA CHE NON. *Quando il ministero pubblico, la parte-civile e l'imputato facciano domande tendenti ad esercitare un diritto o una facoltà loro conceduta dalla legge, e la gran-corte ometta o ricusi di deliberarvi, la omissione o il rifiuto porterà a nullità, qualunque*

1) V. il n. V, § 11 e segg., pag. 500.
2) Art. 294 pr. pen.
3) L. 121 *De reg. iuris*.

la pena di nullità, non sia testualmente attaccata alla mancanza della forma di cui si è domandata l'esecuzione 1). Non avendo dunque la gran-corte risposto alla domanda col CONSTA nè col NON CONSTA, ella è caduta in un'omissione che rende nulla la sua decisione: la *protesta per annullamento* è ne'ricorsi stessi che vengono prodotti immediatamente che fu conosciuta l'omissione.

22. L'istessa sanzione, *non vi è luogo a procedimento penale*, non è dettata dalla legge come terminativa delle cause dietro pubblica discussione (a). In queste sarebbe assurdo e ridevole il pronunziare non esservi luogo a procedimento, perchè il procedimento penale vi ha avuto tanto luogo, che anche in casa di condanna, non può spingersi più oltre: ivi la condanna, come l'assoluzione *finem controversiarum imponit* 2). Quella formola bensì è propria della quistione di fatto risoluta nel corso della instruzione delle pruove, e nel giudizio di sottoposizione all'accusa, a'termini degli art. 114 e 145 pr. penale. Allora vietandosi ogni ulteriore procedimento, può derivarne la libertà dell'imputato, ma non mai la condanna. Nella causa presente si è applicata la formola ch'è propria del corso del procedimento, e non quella ch'è propria del fine.

23. A questo argomento rispondono i resistenti al ricorso, che la censurata inversione di formole, può produrre l'annullamento nell'interesse della legge, ma che nascendo la decisione della libertà di essi da mera quistione di fatto, i ricorsi, a' termini del detto articolo 318, non sono ammessibili nell'interesse delle parti.

24. Io non sostengo già che l'art. 318 sia tassativamente scritto per le decisioni di libertà assoluta nascenti dalla sola formola, *consta che non*, dietro pubblica discussione. L'identità dalla ragione ha fissato la giurisprudenza che l'art. 318 abbraccia anche il caso dell'altra formola propria del corso della instruzione 3). Ma niuna legge e niuna massima di giurisprudenza può render legale l'inversione delle due formole, e pariflcare un atto ch'è proprio del corso del procedimento, a quello ch'è proprio del suo fine. Allora la quistione non è più di fatto, ma di dritto, e la libertà sarebbe stata accordata dietro errore di dritto.

25. All'incontro non tutti gli art. di quella collezione di leggi che noi chiamiamo *leggi di procedura*, sono rito e procedura. Se ve n'ha qualcheduno che riguardi il dritto che si attribuisce alle persone, è art. di dritto puro, ancorchè collocato fra le leggi di procedura. Tale è la presunzion d'innocenza sino a pruova contraria, tale la prescrizione, tale la amnistia. *Quae sibi debentur*, ovunque ne sia collocata la legge, constituiscono sempre il dritto; mentre è procedura, come dice GROZIO, ogni legge che prescrive,

Qua ratione modoque
Quae sibi debentur rite quis obtineat 4).

Or chi non vede che ottenere la libertà quando non vi è pruova di reato, è non solo un dritto, ma il più sacro de'dritti, ed il più proprio di ogni cittadino? e che per contrario il far condannare i colpevoli e purgarne la civil comunanza, è un dritto sociale d'ordine pubblico cui le convenzioni o la trascuraggine de' privati non può turbare nè minuire?

26. Deriva da ciò che la libertà provvisoria o assoluta statuita sì negli articoli 114 e 145, come negli art. 277 e 278 pr. penale, sono nella loro sostanza articoli di dritto, preceduti e seguiti da articoli di procedura pei quali l'imputato *certa ratione modoque rite libertatem obtineat?* Se questi modi non si osservano quando si concede la libertà, l'art. 318 vieta al ministero pubblico dolersene (§ 19). Ma se si viola la sostanza stessa degli articoli che riconoscono il dritto, allora lo art. 319 ci dice: « Se le decisioni di libertà nascono dalla risoluzione di quistioni di dritto, allora il ricorso del « ministero pubblico impedisce l'esecuzio-

1) Art. 330 pr. penale.

(a) *Oggi invece la formola* non farsi luogo a procedere *è adoperata indistintamente durante il periodo istruttorio, o in accusa, ovvero al seguito della pubblica discussione, allorchè il fatto non costituisce reato, o l'azione penale trovasi prescritta od altrimenti estinta.*

2) L. 1, D. XLII, 1, *De re iudicata.*

3) L. 12 e 13, D. *De legibus.*

4) V. il n. II, § 54, pag. 639 di queste *Quistioni.*

« ne, ed è esaminato nell' interesse della « parte. La parte-civile ha dritto in que- « sto caso di aggiungere il suo ricorso a « quello del ministero pubblico ». Or vediamo se la omissione della formola terminativa della quistione di fatto o la sua inversione constituisca violazione di diritto, ovvero violazione di procedura per deviazione di rito o per errore di fatto.

27. L'art. 277 prescrive di chiudere la quistione di fatto con una delle tre formole, Consta che non , Non consta, Consta che abbia commesso. Se si omette la terza formola in caso di condanna, o si omette la prima in caso di assoluzione, si omette certamente di risolvere e compendiare i fatti nella ipotesi della legge penale che viene ad applicarsi. Allora la decisione avrà nel testo intiero della legge la sua *maggiore;* avrà ancor forse la sua *conseguenza* nella sanzione di pena o di libertà; ma non può dirsi che abbia la *minore* con le parole della legge le quali indichino senza equivoco essere quella e non altra la risoluzione e definizione del fatto. La vera *minore* è nell' applicazione della ipotesi della legge , applicazione che dee farsi con le sue stesse parole. Se questa non si fa, chi richiede la motivazione della condanna o dell'assoluzione, non la trova esplicita nella definizione, di cui sono elementi i fatti espressi nella decisione; ma essi per fermo non sono definizione nè dichiarazione terminativa di reità o d'innocenza.

28. Lo stesso avviene nell'applicazione degli art. 114 e 145. Triplice è la loro ipotesi; o che *il fatto non è dalla legge qualificato reato;* o che *l'azione penale è estinta;* o che *l'innocenza risulta chiara dagli atti.* Se dunque la decisione della quale ci occupiamo fosse stata profferita nel corso del giudizio, i fatti espressi dovevan esser conchiusi con una di queste tre formole: questa sarebbe stata la *minore*, o sia l' applicazione dell'ipotesi: allora ne sarebbe discesa spontanea la *conseguenza* che è l'applicazione della sanzione conceputa con la formola , *non vi è luogo ad ulteriore procedimento.*

29. Ma noi, eravamo già al fine d'ogni procedimento, perchè l' unico atto possibile che rimaneva dopo la pubblica discussione, era la decisione definitiva. La esposizione dunque de' fatti dovea chiudersi con una delle tre altre formole , Consta che non, Non consta , Consta che abbia ec. Non parliamo della seconda , perchè non dà luogo a definitiva, ma ad una interlocutoria 1). Ma per la prima , dice l'art. 278 : *adottando la prima risposta, la gran-corte ordinerà che l'accusato sia messo subito in libertà.* Vi può esser chi dica che quest'art. sia un art. di procedura , tal che come non è prescritta a pena di nullità, potea impunemente violarsi quando non se ne sia espressamente domandato l'adempimento, Esso è evidentemente un art. di dritto , benchè collocato fra le leggi di procedura. La sua ipotesi è nelle parole *adottando la prima risposta.* La gran-corte ha omesso di adottarla. Dunque ha violato l'art. 278; perchè violazione del testo espresso di legge è tanto *si adversus ea factum erit* , quanto *si quid ita factum non fuerit* 2).

30. Se non vi fosse altro che questo , potrebbero ritenersi i fatti espressi nella decisione , ed annullarsi la sola ultima applicazione della legge , o sia la *conseguenza;* e sol perchè non trova nella quistione di fatto la sua *minore* esplicitamente pronunziata con le parole della ipotesi della legge , rinviare la causa ad altro giudice perchè proceda alla intiera applicazione della legge stessa, definendo prima i fatti, e poi traendone nuovamente la conseguenza 3). Ma nella stessa esposizione de'fatti è caduto più di un errore di dritto; nullità per cui niuna parte della decisione può esser conservata.

31. In primo luogo vi troviamo l'errore che contro i responsabili per reato altrui non può esservi altra via che la *civile* (§ 16). In secondo luogo è nulla la dichiarazione che *Cepparulo* e *Scola* non sono mandanti nè complici, perchè anche a'termini de'loro contratti, reassunti nella motivazione, *Cepparulo* è che dà a suoi subaffittatori la facoltà punibile di diradare

1) Art. 280 pr. pen.

2) Inst. III, 16, § 7, *De verborum obligationibus.* — V. sup. § 21.

3) Art. 327 pr. pen. — V. sup. n. XI e XV , pag. 825-840.

il bosco e construir carbonaie ov' era vietato (§ 12). Sol motivo di rito è che questi contratti di cui tanto si fa uso, non sono stati eletti nè discussi in dibattimento, e perciò sarebbesi incorso nella nullità preveduta dalla seconda parte dello art. 293 pr. pen. (Id. § 12). I due primi motivi menano all' annullamento della intiera decisione, anche ad instanza del min. pubblico; ed essi rendono efficaci ed il terzo, ed i proprî alla parte civile qual è la inesattezza della discussione della cauzione (§ 15) e la condanna della parte-civile a tutte le spese del giudizio (§ 17).

32. Per queste ragioni richiedo l'annullamento della intiera decisione 1).

—

XXI.

Appendice a'nn. XIII e XIV. — Frode per abuso delle lagune lasciate negli scritti, e delle soscrizioni in bianco. — *Art. 430 n. 3. ll. penali.*

SUNTO DI LEZIONE

SOMMARIO

Sezione I.

Definizioni e principii generali.

1. Si dice, *lasciare lo spazio in bianco*, quando chi scrive lascia nel foglio qualche linea o parte di linea senza segni o caratteri di scrittura. Lo scrivere non è che rappresentare in caratteri permanenti i segni vocali del pensiero; tal che come spesso, o per manco d'idee, o di colori in ritrarle, s'intramettono voci vane

1) Così venne deciso.

e mal articolate nel discorso, così fin da quando fu introdotta fra gli uomini la scrittura, per la ragione medesima, si scrisse pure con lagune. I poco pratici le lasciano frequentemente per difetto di instrumenti e d'arte; i più esperti calligrafi le lasciano pure, ma per eleganza di forma, o per segno di divisione del discorso; nè vi ha scrittore che per non arrestarsi quando non si affacci pronta la espressione propria o l'idea, non lasci qualche vôto nel suo scritto, proponendosi di riempierlo a miglior agio, o farlo riempiere da chi il può meglio di lui. E ciò se dà luogo al comodo, il può pure alla frode di chi ne profitti per riempierlo a proprio utile, e a danno dello scrittore.

2. Peggior tentazione ricevono i frodolenti da chi non segna altro in un foglio che il proprio nome. Introdotta la segnatura del nome come pegno di affermare e conchiudere qualche cosa, e nelle contrattazioni civili render fermo ed autentico ogni atto di nostra volontà dopo averlo già scritto, ella fu detta *sottoscrizione*, *soscrizione*, e *firma* da *fermare*, *affermare*. Nè manca chi per esercitar la penna o per ozio o per capriccio segna di propria mano senz'altro scritto il suo nome, al di sopra del quale chi s'impossessa del foglio può scrivere quello che vuole. All'incontro nel bisogno in cui siamo talvolta di dare altrui indilatamente un documento di nostra volontà pria di ben conoscere alcuni fatti particolari che meglio ne determinino le condizioni, *usu exigente et humanis necessitatibus* 1), s'introdusse lo stile di mettere la firma in un foglio in bianco a provveduto line di darlo ad altri, lasciando in di costui libertà lo apporvi checchè egli vuole, ovvero prescrivendogli la sostanza e le condizioni principali dell'atto, e rimettendone alla sua prudenza i particolari più minuti, quali il tempo e le circostanze suggerirebbe. Questo diciamo, *dare* o *mandare foglio bianco* o *carta bianca ad alcuno* 2): è il *blanc-seing* de' Francesi: *quittance en blanc*, *promesse en blanc*, *procuration en blanc*. Fogli sì fatti si son definiti dal Puffendorff, *chartae purae, nomine nostro inscriptae, quas saepe mandatariis nostris committimus, ut ipsi in iisdem instrumenta obligationis describant;* uso antichissimo, sostenuto il più spesso dall'ignavia, e sempre pericoloso 3).

3. Nè il cod. civile francese, nè le nostre leggi civili parlano di questa forma di obbligazioni. Le leggi penali ne condannano l'abuso. L'uso dunque non ne è vietato, come non è vietata qualunque procura la più illimitata. Riuscita a danno di chi la fa, ei lo imputi a sua colpa, se non ha scelto procuratore più fedele 4): *imputet facilitati suae et imprudentiae, qui dedit* 5). Se *semper qui non prohibet pro se intervenire*, *mandare creditur* 6), molto più dee dirsi mandante chi diede scritta la sua firma, e commise a bocca di sigillar con essa l'obbligazione già consentita dal soscrittore, benchè non da lui, ma dal mandatario si sarebbe a tempo e luogo poi scritta.

4. Se non che per quanto imprudente sia talvolta questa commessione, non può il legislatore lasciare la facilità degli uomini di buona fede in balia di coloro che *gli accorgimenti e le coperte vie sanno tutte, e sì menan lor arte* 7), che impadroniti di carte sì fatte, s'impadroniscono dell'altrui patrimonio. Quantunque le leggi propriamente dette civili non parlino di questa forma di mandato, tutte le regole con cui esse prevengono il dolo e la colpa, le sono applicabili. E se nelle leggi propriamente dette penali nemmeno se ne parlasse, niun dubbio potrebbe incontrarsi in dire che i reati preveduti e puniti a riguardo di tutte le altre forme di civili contrattazioni, sieno preveduti e puniti anche in questa.

5. Per la qual cosa se alcuno s'impa-

1) Principio di ogni uso nella vita civile, *Instit.* I, 2, § 2. *De iure naturali, gentium et civili*.

2) Vedi gli esempii di questa definizione della voce nei classici italiani, citati nei nostri vocabolarii alla parola *Bianco*.

3) *De iure naturae et gent.* lib. 3, cap. 9, § 2, ove cita i seguenti versi di Guntero intorno a'Vescovi che per ignavia rilasciavano tai soscrizioni in bianco:

An pulchrum satis est et summo praesule dignum
Impressas signo vacuas emittere chartas,
Quas possit lator variis inscribere nugis
Quas volet, et miseris falsas affingere culpas?

4) Toullier, *Droit civil français*, liv. 3, tit. 3, ch. 6, sect. 1, § 2, n. 265 e 266.

5) Hertius *Ad Puffendorfium*, l. c.

6) L. 60, *De reg. iuris.*

7) Dante, Inf. XXVII, 76.

dronisca di una carta scritta da me con qualche laguna, o s'impadronisca in qualunque modo d'una mia firma in bianco, e poi senza mio consenso vi scriva cosa d'utile suo e di mio danno, quando un tal caso non fosse preveduto da particolar legge penale, ei cadrebbe evidentemente nella sanzione generale del falso. È provveduto che se le lagune si riempissero in un titolo autentico, o se del foglio con firma in bianco si facesse uso per distendervi un titolo autentico, si commetterebbe un falso in pubblica scrittura, ancorchè v'intervenisse il consenso del soscrittore, il quale ne sarebbe complice 1). Se poi si trattasse di scrittura privata, l'art. 293 dichiara in essa falsario chiunque fa uso de'modi criminosi espressi nell'art. 287. Or questi modi son quattro; I, false soscrizioni; II, alterazione della scrittura; III, supposizione di persone; IV, formazione di scritti o inserzioni di cose non riconosciute, e particolarmente ogni inserzione fatta dopo la formazione o chiusura dell'atto principale. Se dunque nella laguna da me lasciata in una scrittura privata, o in un foglio puro ov' è scritta la sola mia firma, voi senza mia commessione, o al di là della mia commessione, producete un' alterazione, o supponete persone alle quali fingete ch' io sia obbligato, e così formate altri scritti o v'inserite cose false che non erano nella mia intenzione quando lo scritto o la firma uscì di mia mano, voi non usate il primo mezzo del falso qual' è la falsa soscrizione, ma certamente gli altri tre son messi in uso da voi. E se nel codice penale di Francia non fosse particolarmente e con particolar sanzione preveduto abuso sì fatto della firma in bianco, esso vi ricadrebbe ugualmente nel falso: le disposizioni de' nostri due art. 287 e 293 sono per le stesse in quel codice nello stesso titolo *del falso*.

6. E per legge romana ciò che ricadeva pure nella rubrica generale del *falsum scribere*, *facti fraus*, *falsum adscribere*. Anzi io credo che ne sia stato il caso posto da Marciano e da Paolo espressamente fra gli esempii del falso propriamente detto, senza raddolcimento alcuno nè eccezione. *Qui in rationibus, tabulis, literis publicis, ceterisque, aliave qua re* sine consignatione, *falsum fecerunt* 2).— *Tabulae* e *cerea* o cera, erano fra le molte materie su cui si scriveva. Per essere false dovevano certamente aver qualche scrittura la quale venisse dal falsario alterata: se fossero affatto senza scritto, *purae*, come le avrebbe chiamate Ulpiano, cioè a dire *materiae ad scribendum* non *materiae scriptae* 3), non entrerebbero in questa particolare ipotesi di Marciano e di Paolo.—*Aliave qua re:* la voce *res* è solenne presso i giureconsulti per esprimere il genere della cosa di cui si sta trattando. Quell' *alia res* dunque sarebbe ogni altra materia su cui si ha in uso di scrivere 4), cioè a dire *res membranea*, *chartacea*, *eborea* ed altre specie riferite da Plinio e da Ulpiano 5), ma ridotta in alcun modo a ciò che sono *tabulae*, *literae*, cioè con qualche scrittura la quale poi venga alterata.

7. E così si conosce come avvenga che *res cerata*, *membranae*, *chartacea*, data *sine consignatione*, possa essere materia del falso *Signare* fu tanto l' apporre il proprio sigillo con un simbolo o una cifra esprimente la persona che segna, quanto lo scrivere il proprio nome. *Signare cum*, *signare cum alio*, generò le voci *consignare*, *consignatio*, per dinotare la soscrizione di più persone nel medesimo atto: ciò ne ferma la mutua obbligazione 6). *Res gesta sine consignatione*, è presso Callistrato stipolazione puramente verbale, contratto senza scrittura, non che senza sottoscrizione delle parti 7).

8. Ma per oprarsi il falso in qualche scrittura altrui, non solo è necessario lo scritto, ma conviene che indubitatamente lo scritto appartenga a persona certa, sì che questo venga poi falsato in di lei danno ed in utile altrui. Or uno de' caratteri di certezza che la cosa sia di alcuno, è che vi sia la sua soscrizione, o il sigillo ch' equivaleva alla soscrizione; *charta signata*. Quando nelle obbligazio-

1) Art. 287 e segg. ll. pen. — *Inst.* III, 27, § 7, *De mandato.*

2) L. 1, § 4, l. 16 § 2, D. XLVIII, 10, *Ad leg. corn. de falsis.*

3) L. 52, § 4, D. XXXII, *De legatis*, III.

4) Bynkershoek, Observ. III, 2.

5) Plin. *Hist, nat.* XIII, cap. 11, 12, 13. — D. l. 52, D. XXII, *De legatis* III.

6) Quintil. Inst. XII, 8.—Turneb. Adv. XI, 27.

7) L. 5, D. XXII, 4, *De fide instrumentorum.*

ni sinallagmatiche su d'una carta soscritta da alcuno, non è apposta contemporaneamente la soscrizione dell'altro nè vi si è scritto il contratto, è *charta signata*, non *consignata*. Sotto le parole dunque *aliave qua re sine consignatione* nel testo di Marciano e di Paolo, è espresso tanto il caso di quella che noi diciamo *firma in bianco* al di sopra della quale altri poi scriva un contratto che apparisca *cum consignatione*, quanto il caso di una mia scrittura con laqune, riempiuta poscia da altri con condizioni e clausole e parole non mie, le quali erano state certamente non *consignate*, o sia non stipolate ed insiem roborate dalla necessaria soscrizione di tutte le parti all'epoca in cui la carta uscì di mia mano.

9. So che questo brano delle instituzioni di Marciano e de'responsi di Paolo è stato il tormento de'più profondi ed eruditi giureconsulti, e che forse se si trattasse di applicarlo oggi ad una causa, invano io direi solamente essere tal mia spiegazione più semplice di quella del Cuiacio, del Gotofredo, del Bynkershoek 1): dovrei con assai più parole combattere le loro interpetrazioni e correzioni del testo. Ma al mio ragionamento sulle leggi nuove, non è essenzialmente questa escursione, la quale spero si perdoni a chi educato fra le leggi romane, trova in queste, fra le più spinose disquisizioni, un campo di fiori ove ricreare il suo spirito.

10. Le leggi nuove del 1808 omisero fra gli esempii del falso questa specie particolare: essa però veniva compresa nella definizion generale, *alterazione* e *contraffacimento della verità* 2). Non mancarono alcuni che volevano trasportar questa specie allo *stellionato;* ma nello *stellionato* non venivano comprese che *tutte le specie di dolo, prive d'altro nome di legge* 3). Tosto che questa specie medesima trovava luogo nella definizione del *falso*, la *quistion di nome* era stata risoluta dalla legge 4).

11. Par dunque chiaro che nelle legislazioni che prima delle leggi ultime hanno avuto impero nel regno, questa specie aveva nome di *falso*, ed era punita con le pene del falso; e che se le ultime leggi, sì francesi, che nostre, non ne facessero un caso particolare, anch'esse la chiamerebbero *falso*, e la punirebbero come *falso*. Ma nelle ultime nostre *leggi penali* noi troviamo l'art. 430 n. 3, così conceputo : « Si commette frode quando « su d'un foglio affidato in bianco colla « sola sottoscrizione, siasi per lucro, scritto in danno altrui un atto qualunque ; « ovvero su d' un foglio non in bianco, « siasi aggiunto per lo stesso fine qualche atto o clausola ». Ecco una eccezione alla regola degli art. 287 e 293 (*sup.* § 4 e 5); eccezione che cangia il *falso* in *frode*, e spesso la competenza criminale in correzionale. Ma indole di ogni eccezione è che la sua applicazione sia strettissimamente pel caso in esso contemplato, nè possa esserne l' intelligenza *laxior re, verbis et personis*. Guardiamo dunque con cura nell' art. 430 la cosa di cui si tratta, le parole delle quali si fa uso, e le persone cui esso si riferisce, affinchè *non possit in argumentum trahi* nè *contra rationem iuris* sopraffare la regola, e trasformarsi in essa 5).

Sezione II.

Prima parte della legge.— Soscrizioni in bianco.

12. Comincia la legge : *Si commette frode* (§ 11). I nostri antichi solleciti a frenare nella società civile ogni sorta di malvagità, dopo aver dato nome legale e pena ordinaria alle reità più gravi, presi dal principio che non tutto puossi dalla legge penale prevedere 6), quelle che il giudice, interpetre della coscienza universale, riputasse pur tali, e che non trovassero nelle leggi scritte il loro nome, compresero sotto la parola, *stellionato* 7).

1) Cuiacius, *in Paulum*, ad l. 16, *Ad leg. corn. de falsis*, Edit. neap. VI, 524, lit. C. et D. — Goth. ad hanc leg. et ad l. 1.—Bynkersh. loc.cit.
2) Art. 272, l. 20 maggio 1808.
3) Art. 286 d. l. 20 maggio. — Art. 119 l. 22 maggio.
4) L. 113 e 147 *De regulis iuris.*
5) L. 14, D. I, 3, *De legibus.* — L. 80, 141, 162, *De reg. iuris.*
6) L. 10 e 12, D. 1, 3, *De legibus.*
7) *Ubicumque titulus criminis deficit, illic stellionatus obiicimus.* L. 3 § 1, D. XLVII, 20, *De crimine stellionatus:* principio ritenuto dalla legge del 1808.

Come però vi si richiedeva sempre la frode, così tutto quello che ne'giudizii civili dava materia all' azione di dolo, benchè non trovasse definito l' atto sul quale il dolo cadeva, quello stesso ne'giudizii penali era sovente persecuzione di *stellionato* 1). La voce *frode* non disegnava alcun reato in particolare, ma le arti dolose e gl'inganni per cui un fatto diventava punibile per legge 2); e poi per metonomia venne impiegata, non mai per disegnare questo o quel reato particolare, ma qual voce di genere di ogni reato, e particolarmente de'reati capitali 3). Non sarebbe stato dunque fuori dell' indole del linguaggio legale, che ogni reato il quale non avesse avuto nome particolare nella legge, rientrasse nella voce del genere, *frode;* ma si amò chiamarlo *stellionato*, e la voce *frode* rimase per indicare la rea qualità del mezzo che lo constituiva.

13. Le nuove nostre leggi han ritenuto e la voce *stellionato* e la voce *frode*, ma l' una e l' altra per particolari specie di fatti dolosi. Imperocchè essendo il legislatore, e non il giudice, l' interpetre della coscienza universale, la legge, abborrendo l' arbitrio sancito dalle ll. 11 e 13 *de pactis* 4), stabilisce qual principio del nostro dritto pubblico: *Nelle materie criminali, correzionali* e *di semplice polizia, i giudici non potranno pronunziare altre pene all' infuori di quelle determinate dalle leggi, e ne' soli casi dalle medesime stabiliti* 5). La voce *stellionato* rimase nelle leggi civili propriamente dette, ma per casi determinati, portanti all' arresto personale da pronunziarsi da'giudici civili 6); coercizione che non è dell' indole della giurisdizione propriamente detta civile, e che è l' anello che lega questa con la penale propriamente detta. La voce *frode* all'incontro divenne propria delle leggi penali, non ad arbitrio del giudice, ma per casi dalle medesime stabiliti, scelti fra quelli i quali consistono *in facti fraude* 7). E come tra le *frodi di fatto* primeggiano il *furto* ed il *falso* 8), così son preveduti nel titolo *della frode* alcuni casi particolari che *prope furtum*, che *prope falsum sunt* 9),

1) *Quod in privatis iudiciis est de dolo actio, in criminibus est stellionatus persecutio*. D. l. 3, § 1. — Il nome nacque da quella specie di lucertola, distinta per macchie stellate, e chiamata perciò *stellio*,

aptumque colori
Nomen habet, variis stellatus corpora guttis.
OVID. Met. V, 461.

Ne' vocabolarii è *tarantola* ed anche *lucertola verminaria*, comune nella parte meridionale dell'Italia ed in Grecia. PLINIO (*Hist. nat.* VIII, 49) la descrive velenosa e mortifera, e piena d'arti frodolenti contro l'uomo. Perciò gli uomini malefici, invidiosi, frodolenti eran detti *stellioni;* ed in APULEIO (*Met.* V, sub fin.), Venere irata chiama *stellione* il figliuolo. Quindi i malvagi le cui frodi particolari non avevano in legge nome di furto o di falso o altro, eran puniti straordinariamente come *stellioni*. Tale era il venditor frodolente della stessa cosa a due; colui che dava in pegno la cosa altrui; che facea credere oro il rame; che distornava o corrompeva le altrui merci e in generale gl'impostori e coloro che colludevano insieme in altrui danno. V. MATTH. *De criminibus*, lib. XLVII, *digestorum*, tit. 13. — CUVIER nelle sue note a PLINIO (Ediz. di Pomba, Torino, vol. 3, pag. 437 e 438) dice che lo *stellione* di quell'autore è il *gecko*, e ne purga delle vecchie favole, paurose al volgo la natura e il costume, tranne che con le unghie acute de' piedi produce pustole nell' animale che tocca: il resto secondo lui, è timor volgare. Ma LACEPÈDE continuatore di BUFFON fa del *gecko* una lucertola di veleno mortale, il cui liquor corrosivo porta sempre negli altri animali, ovunque tocca, la corruzione e il deperimento; tal che la natura vi sembra agire contro sè stessa, ed invece di germi di riproduzione e di vita, non prepara nel *gecko* che principii di morte e di annientamento. Se il *gecko* di CUVIER e quello di LACEPÈDE sieno lo stesso, se l'uno e l'altro sieno lo *stellio* degli antichi, e quali le loro vere proprietà, spetta ai naturalisti il deciderlo. Per noi basta giustificare l'origine della voce legale col modo di pensare di chi la introdusse. Per fermo la frode è il veleno, la morte, la corruzione di ogni società civile.

2) V. nella nostra *Procedura penale*, II, § 872, 875, 907, 992; III, 121, 599.

3) *Fraus et ipsa noxa dicitur*. L. 131, *De verb. sign*. — *Fraudem capitalem admittere, fraudem committere*, è frase generale che indica commetter misfatti. CIC. *Rabir*. 9. — LIV. XXIII, 14. — HOR. od. I, 28, v. 30.

4) V. di queste *Quistioni* il n. X, § 4 e segg. pag. 76.

5) Art. 200 l. org. nap. — Art. 231 l. org. sic.

6) Art. 2022, 2023, 2081 ll. cc.

7) L. 2, C. I, 22, *Si contra ius*.

8) DANTE a mostrare quanto sia nel furto intrinseca la malizia e la frode immedesima i serpi nei ladri, e li muta d'uomini in serpi, e di serpi in uomini. La bolgia poi de' falsarii è piena di fetide piaghe, di marciume, di scabbia. *Inf.* XXV, XXIX. — ARIOSTO ne' ladri e ne' falsarii.

Vide serpi con faccia di donzella.
Fur. XXXIV, 79.

9) L. 67, pr. D. XLVII, 2, *De furtis*. — V. sup. al n. XIV, § 17, pag. 835.

ed anche alcuni che sono veri furti, vere falsità, ma che possono ammettere qualche raddolcimento ed attenuazione nella pena e nella competenza. Tale è il caso del falso preveduto nel n. 3 dell'art. 430 di cui ci occupiamo.

14. Abbiamo dimostrato che l'alterazione dolosa d' un foglio soscritto in bianco, o scritto con qualche laguna, avrebbe sempre in legge il nome di falso, o sarebbe preveduto nel titolo *del falso in scrittura pubblica* o *privata* (§ 5), se la legge stessa non ne sottraesse espressamente alcun caso. Qual è l' ipotesi, o sia la condizione *sine qua non*, per la quale l'art. 430, n. 3 ne sottrae espressamente il nostro caso, e riportandolo al nome generico ch' esprime la condizion comune a tutte le specie, cangia il falso in frode? *Quando su d'un foglio affidato in bianco* con *la sola soscrizione* ec. (§ 14).

15. Or noi abbiam notata la significazione della frase, *dare* o *mandare foglio bianco* (*sup.* § 2): vi s'intende l'incarico che altrui si dà, di riempiere il bianco del foglio con qualche scrittura. So che nella moltiplice frequenza delle comunicazioni sociali e degli atti che ognuno fa per sè senza disegno di comunicarli, si può lasciare una firma in bianco per altro fine. Tale è per esempio il far pruova d'una penna scrivendo il proprio nome, e lasciando il vano foglio sulla tavola: tale è pure il soddisfare la curiosità di alcuno che vuol conoscere il nostro carattere, o consegnare all'altrui porta su d'un foglio di carta il proprio nome, qual *biglietto di visita*, o qual era presso gli antichi nostri *tessera hospitalis* 1). Ma sarebbe risibile chi dicesse in dar ciò, *do carta bianca*, o *soscrizione in bianco*: il dire, *ho scritto il mio nome*, *ho dato il nome*, esprime tutto il concetto, perchè in quella carta non si considera affatto il *bianco* che rimane, ma il solo nome; e l' intera carta è scritta nel fine che il solo nome vi sia tutto.

16. Or che diremo oggi, che in vece del *dare* o *mandare* che determina il fine della *soscrizione in bianco*, la legge usa il verbo *affidare*? *Fidem dare*, *fidei dare*, *fidei committere*, son frasi solenni di fiducia e di amicizia in un oggetto determinato. Colui dunque al quale *affido* il foglio, dev' esser quegli che scelto da me qual conscio della mia intenzione di riempiere il bianco, mi dà la sua fede d'incarnare il mio disegno e di eseguirlo. Ne' casi sopra spiegati ne' quali scrivendo in un foglio il mio nome io non ho alcuna considerazione al *bianco* che intorno vi lascio, non posso *affidare* quello a cui non penso, nè può presumersi ch'io abbia per ratificato quello ch'altri vi scrive, perchè *nunquam ratum est quod non apparuit iudicium animi fuisse* 2).

17. Lo stesso sarebbe di chi rapisse sul mio scrittoio un foglio su cui è scritto il mio nome: io nulla gli affido; ei lo ha tolto; e perciò è nello stesso caso di chi lo invola per imitarne su d'altro foglio la firma. Nè diverso è il messo cui consegno il foglio per recarlo a persona alla cui fede raccomando di convertirlo in scrittura. Da me partono allora due mandati: l'uno al messo di recare il foglio all'amico; incarico puramente materiale; l'altro a quest' amico di riempierlo di scrittura in mio nome. L'amico ha la mia fiducia più piena, mentre il messo ne ha una minore e diversa, ristretta al trasporto e consegna della mia carta. E perciò se per mezzo di un messo io spedisco il foglio in una lettera chiusa, ed egli disigilla questa e riempie il foglio a mio danno, il suo reato non entra nell'eccezione dell'articolo 430, n. 3; imperocchè egli non ha per far ciò la mia fede, nè per far ciò mi diede la fede sua: egli è falsario, come sarebbe ladro chi ha da me consegnata una scatola chiusa, e la infrango per via e ne invola gli oggetti. Se poi aperto, lo gli consegno il foglio con l'incarico di recarlo ad un altro che dee riempirlo, ed egli ritenendolo o dandolo a persona diversa, lo scrive o lo fa scrivere da questa, egli può dirsi pure autore di *frode*, ma per altri rispetti che non son quelli dell'art. 430 n. 3: nel tempo stesso egli è autore o complice di *falso*; autore di *frode* per aver distornato a mio danno un oggetto consegnato per un uso determinato 3); autore di *falso* o complice, per aver riempiuto o fatto riempiere di

1) Plaut. *Poen.* V, 2, 86.
2) L. 48, *De reg. iuris.*

3) Art. 433 ll. pen.

scrittura il bianco d'una carta il quale non era affidato a lui a fine di riempierlo, o di farlo riempiere da chi vuole.

18. Non è già che il suo dolo debba riputarsi maggiore del dolo di colui nella cui fede per tal riempimento io riposo: ciascuno de' due è un malvagio che tradisce la parte di fiducia che in lui si ripone. Maggiore solamente mi sembra il dolo del ladro che invola la carta senza mia commessione alcuna, perchè per commettere il falso egli si serve, come di mezzo, del furto. Ma non è la sola quantità del dolo al cui peso si ragguaglia la pena: vi ha parte ancora, oltre del danno, la maggior o minor garentia che merita dal legislatore la vittima del dolo. Quando ad alcuno io do la mia carta perchè vi scriva la tal cosa in mio nome, ed egli ve ne scrive un'altra, comechè l'immoralità di costui in tradir la mia confidenza possa dirsi gravissima 1), pur tutta volta se la scelta della persona fu tutta mia, la mia credula facilità diede occasione al reato (*sup.* § 3); *eius civile vigilantibus scriptum est* 2). Tutto adunque è relativo al fine particolare per cui il foglio si affida. Lo do forse per recarlo altrui, ed il messo lo lacera, e lo nasconde perch'io non conchiuda l'affare? Questo distornamento è frode. Ma se il messo, oltre al tradire questo mio particolar mandato, scrive ei stesso sulla mia carta ciò che mi nuoce, o fa sì che ve lo scriva altri cui egli non dovea recarla, ben io gli dico a buon dritto: non t'invidio l'eccezione che fa di te un semplice frodolento per ciò che con imprudenza ti commisi; ma per ciò che non ti commisi, l'eccezione dell'art. 430, n. 3 nulla mi toglie dell'intera garentia della legge: va dunque nella bolgia de'falsarii.

19. E poichè tutta la quistione è di definizione di nomi (*de verborum significatione*) non è vano indagare perchè la legge qui usi la frase, *soscrizione in bianco*. Un nome scritto in un foglio il quale non è dato per diventar scrittura, non può essere *soscrizione* nell'animo di colui che lo dà; perchè *soscrizione*, *sottoscrizione*, son voci relative ad un dettato scrittovi sopra 3). Dir dunque *sottoscrizione*, mostra il rapporto tra il nome già segnato e lo scritto che volge in animo colui che dà il suo nome in un foglio puro, onde questo diventi scrittura. Affidare il nome scritto con sì fatto rapporto in pensiero, è lo stesso che affidare il progetto di trasformare il nome nudo in sottoscrizione. Se ciò non può avverarsi rimanendo il nome in un tutto bianco senza ch' altro il preceda, è chiaro che nella voce usata dalla legge, è disegnato espressamente l'incarico che si dà insieme col foglio, perchè con altr'opera d'inchiostro il nome vi diventi, o a mezzo o in piede, sottoscrizione.

20. Così tutto può spiegarsi con la teoria delle procure, o sia del *mandato*. *Affidare* è dar cosa con qualche incarico o facoltà: altrimenti non *si affida*, ma *si abbandona* o *si dona;* ed incaricare alcuno di far qualche cosa per noi, è *mandato* 4). Nel nostro caso ne compie l'idea, che l'incarico di fare, è per l'appunto di far cosa per chi dà la carta, tanto che lo scritto che tu vi stenderai sopra, faccia per opera tua verificare che il mio nome segnato sia soscrizione. I confini della procura sono che il mandatario non possa far cosa alcuna al di là di ciò ch'è fissato nel mio mandato 5). Ti do dunque la carta perchè la presenti al tuo padrone, onde fargli conoscere che io sono alla sua porta? Ciò solo ti affido; *hoc mando, hanc fidem do, peto ut hanc fidem dicas* 6): la formola ch'io uso è indifferente; ma questo è sol nome, non *soscrizione*: il mio mandato è ristretto all'oggetto per cui lo consegno. Il solo cui do o invio la carta col nome, perchè la riempia di più lunga scrittura, è quegli che può dire di avere avuta affidata a sua balìa la mia soscrizione. — Il che è più chiaro per le altre parole della ipotesi della legge.

21. *Siasi, per lucro, scritto in danno altrui un atto qualunque* (§ 11). — Il mandatario è tenuto non solamente per lo dolo, ma anche per le colpe commes-

1) Dante, Inf. XI, 52 e segg.

2) L. 24, D. XLIII, 8, *Quae in fraudem creditorum*.

3) L. 15, § 1, D. XLVIII, 10, *Ad leg. corn. de falsis*.

4) Art. 1856 ll. cc.

5) Art. 1861 ll. cc.

6) L. 62, § 1, D. XVII, 1, *Mandati vel contra*.

se nella esecuzione del mandato: è tenuto pure pei danni ed interessi risultanti dal suo inadempimento 1). Il caso è qui per fermo di dolo, perchè preveduto dalle leggi penali. *Scrivere per lucro un atto in danno altrui su d'un foglio affidato*, è frase che mostra chiaro non dovere esser altri lo scrittore, che quegli cui il foglio è commesso, e sì dato alla sua fede, ch'ei lo serbi intero in quanto alla soscrizione, ma lo riempia in quanto al *bianco:* la *facoltà di fare per noi ed in nostro nome*, essenza del mandato e della procura 2), è unicamente relativa al *bianco*. Quante volte dunque il *bianco* della carta non è affidato a te perchè tu lo facci diventare scrittura, io non ti ho affidato alcun incarico di scrivere. Le parole della legge, *siesi scritto*, sono relative alle altre, *su d'un foglio affidato in bianco*. Dunque l'ipotesi dell'art. non è altro che la fiducia strettamente relativa alla scrittura da premettersi al nome: è mandato a scrivere; e perciò chi non ha questo mandato non entra nella disposizione dell'art. 430, n. 3. Ripetiamo, che se non avessimo questo art. 430, n. 3, falsità sarebbe e l'uno e l'altro caso. Forse vi è più immoralità nella persona ch'ebbe la mia fiducia, che in quella che non l'ebbe (§ 18); ma il periglio sociale è assai minore nel caso del mandatario, che nel caso di colui che quel mandato non ha da me ricevuto. Con la prudenza ordinaria io posso scegliere un mandatario più fedele: ma qual mezzo ho io per impedire che un malvagio ch'io non so, contraffaccia la mia soscrizione? Nella coscienza universale, questi inspira più di timore, mentre quegli ben merita più di diffidenza e disprezzo.

22. Nè la sola intenzione di colui che sottoscrive in bianco una sua carta, basta a constituire il mandato. Per dirsi *fidei data, affidata*, è necessario il concorso della volontà anche del mandatario. Quest'accettazione può essere espressa o tacita: la tacita risulta dalla esecuzione che il mandatario stesso ha data al mandato 3).

23. Nè per dirsi con l'esecuzione accettato il mandato, è richiesto che quella sia al mandato conforme. Altrimenti niun mandatario infedele potrebbe dirsi esser tenuto di mandato. Basta che in forza del mandato ei passi ad atti di esecuzione. Per fermo colui che ha scritto il foglio da me pria sottoscritto, non poteva mai scriverlo legittimamente che dietro mio incarico. Il fatto dunque della scrittura sul bianco, mostra l'accettazione del mandato. Se questo è tradito, quel fatto forma già la pruova generica del reato.

24. Che se io sostengo nel giudizio penale che lo scrittore abbia disnaturato la sostanza dell'atto, scrivendo cose diverse da quelle che sono state da me dettate, o dichiarando veri fatti falsi o fatti riconosciuti quelli che non lo sono, quando io ciò provi, ed egli lo ha fatto per causa di suo lucro e di mio danno, certo è un mandatario infedele non solo, ma frodolento. Questa sarebbe la pruova specifica del falso 4). se non fosse tra le leggi penali l'art. 430, n. 3: la è della *frode*, tosto che vi leggiamo quest'articolo.

25. Nè vale a'rei il ripetere che contro la pruova scritta non può aprirsi adito a pruova testimoniale, se non ne'casi particolarmente espressi dalla legge. Questo argomento proverebbe troppo, perchè renderebbe vane tutte le disposizioni di legge relative a'reati contro la proprietà 5). L'eccezione per la quale si ammette pruova testimoniale per obbligazioni al di sopra di duc. cinquanta, è per provare il dolo anche civile (§ 21), e per tutti i reati e quasi-reati, non meno che pei quasi-contratti 6). Il dolo dunque del mandatario può provarsi sempre con testimoni, tanto maggiormente che degenera in reato preveduto dalle ll. penali. Oltre a che spesso nel foglio affidato con soscrizione in bianco si avvera più una *gestion di negozii*, che un *mandato* propriamente detto, quando senza determinazion precisa di cose da scrivervi, colui in cui si fida, si offre in generale a far della carta un uso utile per lui 7).

1) Art. 1863 e 1864 ll. cc.
2) D. art. 1856 ll. cc.
3) Art. 1857 ll. cc.
4) Art. 287 a 293 ll. pen.
5) V. *sup.* n. XIV, § 9 e segg., pag. 835.

6) Art. 1302 ll. cc.
7) La *gestion di negozii* ammette per legge la pruova testimoniale anche ne' giudizii civili. Art. 1326 ll. cc.

—

Sezione III.

Seconda parte della legge. — Scrittura con lagune, e posteriore riempimento di queste.

26. Continua il n. 3 dell'art. 430 (§ 11): *ovvero su d'un foglio non in bianco, siasi aggiunto per lo stesso fine* (per lucro in danno altrui) *qualche atto o clausola.* È evidente che qui si parla di scritto con qualche laguna: perciocchè altrimenti mancherebbe il luogo all'aggiunzione. Che se l'aggiunzione è forzata, mal direbbesi nel linguaggio legale, *aggiunzione*: essa ha il suo nome di legge nell'*interscribere* degli antichi, che noi ora chiamiamo *interlineare*, ed anche con più lunga frase, *scritture fatte o inserite ne' registri o in altri atti pubblici* o *privati dopo la loro formazione o chiusura* 1). Quando ciò accada in qualche spazio in bianco, lasciato perchè ei resti sempre in tal modo, non può esservi *aggiunzione*, arte della frode, ma vi è *inserzione*, arte del falso: l' inserzione forzata ha caratteri più certi nella pruova generica. All' incontro il riempimento delle lagune, lasciate a disegno onde sieno riempiute, prende lume dalla pruova specifica: tale sarebbe il lasciare in una linea della scrittura voto lo spazio che dee segnar l'anno, o il luogo, o la somma, e qualche altra circostanza.

27. Ristretto dunque il caso di questa seconda parte dell' art. al riempimento di qualche laguna, tutta l' ipotesi è evidentemente regolata dalla frase della prima parte, *foglio affidato altrui*; nel primo caso con *soscrizione in bianco* e con *l'incarico di mettervi al di sopra lo scritto;* nel secondo con *qualche laguna* e con *l' incarico del riempimento.* Imperocchè se fosse inteso in generale, quest'art. distruggerebbe tutto il titolo del falso; ed un uliziale pubblico che aggiugnesse clausole e condizioni dopo la chiusura d'un atto, su di un bianco lasciato perchè rimanga sempre bianco, sarebbe reo di frode e non di falso.

28. E si osservi esser reo di *falso*, e non di *frode*, chi in privata scrittura commetta alterazione con alcuno de' modi espressi nell' art. 287: tra questi modi sono le scritture fatte o inserite ne' registri e negli atti dopo la loro formazione o chiusura. Ma chi riceve, affidato a lui, un foglio con qualche laguna a disegno, e per l' incarico dato dall'autore dell'atto la riempia di nomi o date che nell' atto di scriverlo non si sapevano, ei tradisce il mandato, ed è reo di *frode*. Chi poi lo riceve senza questo mandato, ovvero lo invola o in altro modo se ne impossessa senza volontà dell' autore, e riempie le lagune per utile proprio, e per danno dell' autor medesimo del foglio o di altri, è reo sempre di *falso*. Tale intelligenza nasce dalla significazione delle parole della legge, e dalla natura della cosa. Gli argomenti de' quali abbiamo fatto uso per la prima parte del n. 3 dell'art. 430, sono quasi tutti comuni alla seconda.

Sezione IV.

Si sciolgono alcuni dubbii suscitati nel rapporto al cod. pen. francese.

29. Ed invano a tal nostra spiegazione vuol opporsi un argomento tratto dall'articolo 407 del cod. pen. francese. La traduzione di esso che fu legge appo noi dal 1812 al 1819, è la seguente: I, *Chiunque abusando d'una soscrizione in bianco affidatagli, avrà al di sopra della stessa scritto frodolentemente un' obbligazione* o *discarico* o *qualunque altro atto capace di compromettere la persona o le facoltà del soscrivente, sarà punito colle pene contenute nell' art. 405* (prigionia, ammenda, interdizione). — II, *Nel caso in cui la soscrizione in bianco* NON GLI FOSSE STATA AFFIDATA, *egli sarà processato come falsario, e punito come tale.* Or le nostre leggi penali (dice chi si oppone alla nostra interpetrazione) non sogiungono questo secondo § al n. 3 dell' art. 430. Dunque per noi anche colui cui la soscrizione in bianco non è affidata, entra nella disposizione dell'art. 430, ed è punito di frode, e non di falso.

30. L' errore di questo argomento si svela da sè stesso. Imperocchè la frase del § primo dell' art. 407 francese, *soscrizione in bianco affidata*, è intesa

1) Art. 287 e 293 ll. pen.

evidentemente per carta bianca, solamente sottoscritta, data però col mandato speciale del riempimento; come la frase del § secondo, *soscrizione in bianco non affidata*, è soscrizione che si trova in altrui mano senza questo mandato 1). Non è dunque dubbio che *soscrizione in bianco affidata ad alcuno*, non indichi altro nell' art. francese, che un foglio puro con la sola soscrizione di alcuno, rimessa ad altri con l'incarico di riempierla. Ciò nelle nostre leggi è detto con più forza: *foglio affidato con la sola soscrizione in bianco* 2). L' intelligenza dunque delle parole è più chiara nell'art. nostro, che nel francese.

31. Ne' *motivi* dell' art. 407 francese, presentati da'sig. cav. FAURE e conti MARET e CORVETTO, troviamo inesatta la ragione della differenza tra la sanzion penale del primo § dell'art. medesimo, e la sanzione del secondo: « Se chi è incaricato (*essi dicono*) di scrivere qualche « atto al di sopra della soscrizione, ne « scrive frodolentemente un altro, è reo « di scrocco, perchè lo scritto non è quello che dee trovarsi sopra della soscrizione; ed egli abusando dell' altrui fiducia, ha scritto ciò che non gli era « permesso di scrivere. Per contrario, « s' egli non è stato incaricato di riempiere il foglio bianco, non può dirsi in « lui abuso di fiducia, perchè nulla gli è « stato affidato; ma vi è falsità, perchè « la mano che ha formato lo scritto, non « è quella che dovea riempier lo spazio, « e la carta contiene un corpo di scritto « che non dovea contenere ». Ma con pace di sì illustri autori, insufficientissima è questa ragione, perchè anco nel primo caso la carta conterrebbe uno scritto che non dovea contenere.

32. Perciò veggiamo che il sig. LAUVET, membro della commessione di legislazione, autrice del progetto, corse dieci giorni dopo ad emendare col suo rapporto un sì poco soddisfacente motivo, e vi sostituì il più vero 3). « Il fatto (*egli dice*) è « meno punito nel primo che nel secon- « do caso, perchè quegli che ha affidato « il suo foglio soscritto in bianco, dee « imputare a sè medesimo, se ha mal col- « locata la sua fiducia. Ne viene per con- « seguente una pena dello stesso ordine « di quella che è statuita contra coloro « che trafugassero o occultassero oggetti, « derrate, mercanzie ecc. ecc. che loro « fossero stati consegnati a condizione di « restituirli o farne un uso determinato ». E questo è lo stesso motivo che già ne diedero molto prima i comentatori di PUFENDORFIO (*sup.* § 3, 17, 18).

33. Da ciò deriva che se il cod. pen. francese non avesse l' art. 407, tanto il primo, quanto il secondo caso quivi contemplato, sarebbero, come nel dritto romano e nella nostra legge del 20 maggio 1808 4), entrambi casi di falso. Sopprimete il secondo caso, o sia la seconda parte dell'art. 407; e tosto, senza bisogno d'altra legge, colui al quale non è affidato l'incarico di riempiere il bianco della carta, non potendo invocare la mitezza dell'art. che riguarda solo l' abuso di confidenza, sarà processato come falsario, e punito come tale. Il che è tanto vero, che la prima parte dell'art. la quale contiene un tal raddolcimento d' imputazione e di pena, ne rimanda all'art. 405 il quale conchiude: *il tutto senza pregiudizio delle pene più gravi, se vi è misfatto di falso.*

34. Dal che risulta pure che nel cod. pen. fran. il § secondo dell'art. 407 è un pleonasmo; ridondanza di cui niuna legislazione è esente: esso non è che un richiamo alle leggi penali del falso. Il § primo è un'eccezione di queste: se ella non fosse stata espressa, il suo caso sarebbe pur caso di falso; e mancata l'ipotesi della eccezione, qual è l' affidamento della soscrizione, o sia la fiducia e il mandato, si torna alla regola.

35. Per queste ragioni il nostro n. 3 dell'art. 430, non soggiunge l' inutile ri-

1) Motivi e rapporto del lib. III, til. II, cap. II del cod. penale. — MERLIN, *Repertoire*, alla voce *Blanc-seing*. — TOULLIER, loc. cit. *sopra*, al § 3.

2) La sola parola, *affidata*, basterebbe a questa intelligenza. V. *sopra*, il § 16.

3) I motivi sono della data del 9 ed il rapporto del 19 febbraio 1810.

4) Ivi è *falso* ogni *alterazione e contraffacimento della verità*; nè vi si parla di *soscrizioni in bianco*. Trovandovi dunque i due casi dell'art. 407 fr. il loro nome tra i misfatti di falso, non potevano entrare nello *stellionato*, che riguardava in quella legge, come nella romana, *tutte le specie di dolo prive d'altro nome di legge*. Art. 272 e 286 l. 20 maggio 1808. — Art. 119 l. 22 maggio d. anno. — V. *sup.* il § 12 con le sue *note*.

serba per colui che non ebbe il mandato di riempiere la cart› sottoscritta in bianco. S'egli vuole invocare questo n. 3, gli si risponde: qual carta il soscrittore ha affidata a te per riempierla? Qual mandato ti si è dato a far ciò? Qual accettazione ne hai fatta? Questo n. dunque dell' art. 430 non ti riguarda. Va più sopra agli art. 287 e 293, e troverai il tuo caso.

36. La legge non si suppone che mai parli invano 1). Se talvolta fa degli articoli che ci rimandano ad altri, il fa soltanto per chiarezza maggiore. E questo è quello che troviamo qui nel codice penale francese. Non dobbiamo scostarci mai dai principii. Quando ci si è dato un codice napolitano, se vi è caso nel codice francese non contemplato nel nostro, possiam ricorrere a quello; e se un rinvio che quel cod. fa ad altro art., non è ripetuto nel nostro, non dobbiamo far altro che guardare se senza questo particolare rinvio, vi ha nel nostro l' art. che ne contempli il caso. Or nelle nostre leggi è chiaro che chi altera la verità scrivendo per me e e nel mio interesse cose che io non ho dettate nè consentite, è reo di *falso in scrittura*. Se la legge ne eccettua alcun caso, chi non ha per sè le condizioni tutte della eccezione, non può sfuggire il rigor della regola 2). Questa eccezione riguarda unicamente il mandatario infedele. Chi dunque non ebbe mandato a spiegare altra opera d'inchiostro sul mio foglio, e ciò non ostante il bianco ed il puro vi mutò in obbligazione scritta per suo utile e mio danno, dee sottostare al rigor della regola, ed è falsario 3).

XXII.

Facoltà della corte suprema nel discuter ricorsi avverso una decisione di sottoposizione all' accusa. — Della cumulazione di altre quistioni a quella dell'accusa. — Il caso è in un giudizio di falso in privata scrittura.

SOMMARIO

I. *Stato della quistione.* — La deeisione in disamina congiunge nello atesso giudizio di sollopesizione all' accusa, la quislione di competenza e quella di eccezioni d'alli nulli e di eccezioui perentorie, § 1 e 2.

II. Cosa si farebbe se avessimo due decisieni separate? § 3. — Ma esse sono congiunte in una: ciò dà luogo a guardar la causa sotto triplice aspetto, § 4.

III. *Primo ospetto.* — Poteva la gran-corte giudicare delle eccezioni prima del termine de' cinque giorni? § 5.

IV. Distinzione tra le deliberazioni che possono farsi d'ufizio, e quelle che richieggono l'udizione delle parti, § 5 e 6. — Tra queste seconde vanno l'eccezioni le quali si sonu rigettate nella causa. § 7. — Esse dovevano discutersi in udienza pubblica, udito il difensore, *ivi*. — Quindi la loro sede era il termine de' cinque giorni, § 8.

V. *Quid*, nelle eccezioni contro il giudice instruttore per incompetenza a ragione di territorio? § 9. — *Quid*, per le perenterie? § 10 a 13.

VI. *Secondo aspetto.* — Puteva la gran-corte cumulare il giudizio di queste eccezioni a quello della sottoposizione all'accusa? § 14.

VII. Perchè l' art. 431 n'esprime il divieto nelle competenze speciali, e non le repliche nelle ordinarie? § 15 a 17. — Il divieto di sua natura è comune tanto per le cause ordinarie, quanto per le speciali, § 18 e 19.

VIII. Come a ciò si accordi l' art. 177 pr. pen. senza pregiudicare le ragioni di equità, § 20.

IX. *Terzo aspetto.* — Quali sono le conseguenze di questi principii? § 21.

X. Effetti delle leggi proibenti. — Tale è quella che interdice la cumulazione dello quistioni, *ivi*.

XI. Il nesso con cui la gran-corte lega la risoluzione delle varie quistioni, non può aciogliersi dalla corte suprema, ende segregarne la discussione, § 22 e 23.

XII. Nel nesso con cui la gran-corte cengiunge le quistioni, sta la cumulazione riprovata dalla legge: la decisiene perciò debb'essere in tutto rescissa, § 24.

1) *Quidquid demonstratoe rei additur satis demonstratoe, frusta est.* ULPIANUS, l. 1, § 8, D. XXXIII, 4, *De dote praelegato*.

2) L. 16, D. I, 3, *De legibus*. — L. 141 e 162, *De regulis iuris*.

3) Così è stato costantemente deciso dalla corte suprema di giustizia. Gli ultimi arresti sono del 13 settembre 1842, e del 2 aprile 1843, nella causa, due volte discussa in corte auprema a carico di *Condido* e *Francesco-Antonio Venditti*, la prima volta, DE LUCA comm., la seconda, CORVAIA, ed in entrambe, LENGERARDI m. p., TOFANI, MANCINI, CASTRIOTA ed ACETE avvocati de' rei, G MARINI SERRA avv. della parte-civile.

1. Signori 1), due accusati di falso in privata scrittura, sono stati sottoposti all'accusa con la formola seguente: *La gran-corte criminale rigetta le eccezioni prodotte dagli accusati, e dichiara i medesimi in legittimo stato di accusa.* Due perciò sono le parti di questa decisione. La seconda è della sede del giudizio di sottoposizione all' accusa, ove si può sol disputare di due cose; primamente se risulti a sufficienza fondata la reità dell'accusato, ed in secondo luogo a qual competenza ella porti 2). Delle quali due quistioni, componenti la seconda parte di questa decisione, la prima è quistione pura di fatto, non soggetta alla censura della corte suprema, la seconda è di competenza per ragion di materia, e la sua risoluzione ben può essere attaccata di ricorso, ma nel termine de'cinque giorni 3): ove ciò si faccia, il procedimento è sospeso, e la corte suprema vi statuisce. Anzi tutte le decisioni di competenze per ragion di materia possono essere in questo termine attaccate, benchè pronunziate prima del giudizio di sottoposizione all' accusa 4).

2. All' incontro la prima parte della decisione di cui parliamo, la quale *rigetta le eccezioni prodotte*, non era della sede del giudizio di sottoposizione all' accusa. La legge ne riserba la pronunziazione nel termine de' cinque giorni; e per le decisioni profferite in questo termine, il ricorso non sospende il procedimento, nè può discutersi se non dopo la definitiva 5).

1) Conclusioni nella causa di *Gio. Battista Mainelli* e *Carolina Mariconda*, 19 febbraio 1841, Longobardi comm., Nicolini m. p., Giovanni Aceto avv. de' ricorrenti, Barone Poerio e Giov. Vecchi avv. de' resistenti al ricorso.

2) Art. 155 pr. pen.

3) Art. 177 n. 1, pr. pen.

4) Art. 157 pr. pen.

5) Art. 179 pr. pen. — Se una gran-corte immemore di ciò pronunziasse sull'eccezioni perentorie prima di questo termine, io sostenni nella mia *Procedura penale* (III, 612), che il ricorso sarebbe sospensivo, e non cadrebbe nella eccezione dell'art. 179, perchè questo parla tassativamente delle decisioni pronunziate nel *termine dei cinque giorni*; nè dee mai pregiudicare all'imputato la smania del giudice che vuol fare prima del termine de' cinque giorni, ciò che la legge nel corso di questo termine gl'impone. La regola per i ricorsi è dell'art. 305: l'art. 179 non è che una eccezione, e l'eccezioni non debbono applicarsi che strettamente al caso in ciascuna d'esse contemplato, *nec sunt trahendae ad consequentias*. Molti arresti della corte suprema favorivano questo avviso. Ma pare che il rescritto de' 17 luglio 1839, in pregiudizio della regola, avesse ampliata l'eccezione. Esso è conceputo come segue:

« D. *Gaetano Bartolo* d'Alvara in Sicilia impugnò con ricorso alla corte suprema di quella parte de' reali dominii la decisione con cui la gran-corte in Messina aveva rigettato l'eccezione del giudicato, ch'egli oppose al procedimento aperto sulla querela di ratto violento a suo carico prodotta da *Marianna Gentile*. La corte suma di giustizia decise la ricevibilità del ricorso contro le conclusioni del ministero pubblico che fu per la non ricevibilità del medesimo, così per la natura della decisione impugnata e per lo stadio del giudizio, come perchè non trovasi il ricorrente sottoposto ad un modo di custodia. — L'affare venne inviato alla consulta generale del regno per parere, il quale essendomi giunto, ho richiamato sul medesimo l'attenzione di Sua Maestà. — Credo utile rimettere a lei per intelligenza di codesta corte suprema una copia della sovrana determinazione sulla materia. — *Il ministro segretario di stato di grazia e giustizia*, Nicola Parisio. — *Al sig. procuratore generale del Re presso la corte suprema di giustizia di Napoli*.

« D. *Marianna Gentile*, che impugnò il matrimonio clandestino da lei contratto con D. *Giuseppe Mileti*, si tenne da costui divisa, coabitando con una sua sorella maritata con D. *Gaetano Bartolo*. Il *Mileti* con violenza armata s'impadronì della *Gentile*, conducendola nella sua casa, dalla quale con atti pur violenti la riprese il cognato D. *Gaetano Bartolo* in compagnia di altri.— Per questo avvenimento vi furono querele scambievoli nella gran-corte in Messina, la quale per D. *Giuseppe Mileti* imputato dalla *Gentile* di ratto violento e di mancato aborto, dichiarò la competenza correzionale; per D. *Gaetano Bartolo* imputato con altri da D. *Giuseppe Mileti* di omicidio mancato, di arresto arbitrario, e di tentato incendio, profferì in linea sommaria la condanna al confino. — Dopo alcuni anni la D. *Marianna Gentile* riunita al marito D. *Giuseppe Mileti*, querelò col consenso di lui, per l' avvenimento medesimo, l' enunciato D. *Gaetano Bartolo*, di ratto violento. Oppose egli la eccezione del giudicato, che non accolta dalla gran-corte, il *Bartolo* impugnò tal decisione con ricorso alla corte suprema di giustizia, quantunque non sottoposto ad alcun modo di custodia. — Nella suprema corte di giustizia si mise in esame se era ricevibile il prodotto ricorso, ed a maggioranza di voti si decise la ricevibilità del medesimo contro le conclusioni del ministero pubblico. Contro questa decisione si sono fatte osservazioni, tendenti a mostrarla non di accordo colle determinazioni della legge di procedura penale, così pel tempo e per gli effetti della sua produzione, come per la non esistenza del ricorrente sotto verun modo di custodia.—Relativamente al primo degli enunciati oggetti si è osservato che per decisioni ante-

3. Se dunque avessimo due decisioni separate, l' una che dichiara i ricorrenti in legittimo stato di accusa, l' altra che rigetta le eccezioni, ed entrambe fossero attaccate di ricorso, non avrei ritegno di requirere che il ricorso avverso quest'ultima sia irricevibile per ora, dovendosi unire a quello che potrà presentarsi avverso la decisione definitiva; e che l'unico oggetto della disamina debba essere il ricorso avverso la sottoposizione all' accusa.

4. Ma la gran-corte ha riunite e cumulate le due quistioni in una sola discussione, e le ha risolute con la stessa decisione. Poteva ella farlo? Poteva farlo nel modo come lo ha fatto? Quali sono di ciò le conseguenze legali? Ecco il triplice aspetto sotto cui credo si debba guardare la causa.

5. I. *Poteva ella farlo?* —Parmi dover distinguere quello che una gran-corte dee far d' ufizio, da quello di cui non può giudicare senza udizione delle parti. Nella prima categoria si colloca tutto ciò che tende alla rettificazione ed al compimento del processo. Quindi se la pruova non le sembra sufficiente, la g. c. amplia la instruzione; ma in ordinarlo mentre discute l' accusa, non può sottoporre a questa l' imputato: e così se alcune forme non sieno state adempite, qual è p. e. il caso che la pruova generica non sia giurata. Del pari ella può dichiarare in qualunque stato di causa che il fatto imputato non contenga reato; che l' azione penale sia estinta per prescrizione, per giudicato, per amnistia, per remissione dell' offeso, e nelle cause di falsità in privata scrittura, per la dichiarazione dell' imputato

« riori al termine de' cinque giorni aperto in vigor dell'art. 175 delle leggi medesime; il tempo a ricorrere è nel corso di questo termine, uniformemente ai consecutivi art. 177 e 178. Quantunque nell'interesse di fissare a tempo le giurisdizioni del giudice, si permetta dall'art. 157 di opporre in ogni stato del giudizio la incompetenza per ragione di materia, pure il ricorso contro la decisione all'uopo pronunziata, non è aperto che nel termino di cinque giorni. — Per decisioni poi sopra eccezioni prodotte nel corso del termine medesimo, il tempo a ricorrere è quello stabilito dall' art. 180. Sono queste determinazioni analoghe al principio, che regolando il sistema di rito penale con forme di presidio alla giustizia, non permette che il reo abbia libera la via d'intralciare ad ogni passo il corso de' giudizii ed isfuggire il giusto rigore della legge. — È poi effetto legale del ricorso a norma degli ennunciati art. 177 e 178, la sospensione del giudizio, quando la decisione che s'impugna sia di accusa, ovvero di competenza; ma se cada sopra di *eccezioni perentorie*, il ricorso, *senza sospendere il corso del giudizio dee unirsi a quello che potrà essere prodotto contra la decisione definitiva, a norma dell'art.* 179 *delle leggi stesse di procedura penale.* Questa regola però risguardante il tempo a ricorrere e l'effetto legale del ricorso in materia di sospensione, riceve eccezione nel ricorso contro la decisione di accusa e di competenza in vigore dell'art. 305 dell'enunciate leggi, del pari che nel ricorso contro le decisioni, che arrestando definitivamente il giudizio non permettono che si vada al termine de' cinque giorni, e molto meno alla decisione definitiva. Entra nella eccezione la decisione, che profferita a norma dell' art. 157 prima del giudizio di accusa, tolga la causa dalla giurisdizione della gran-corte. Vi entrano del pari le decisioni sopra eccezioni perentorie, che ammesse a favore dell'imputato, chiudono la via all'ulteriore procedimento. Chiuso in questi casi l'adito a' ricorsi ed alla loro discussione nella suprema corte, si lascerebbero senza rimedio gli errori de' giudicati, ed in conseguenza rimarrebbe molto compromesso l'interesse della giustizia.

« Relativamente poi al modo di custodia in cui lo imputato dee trovarsi per essersi ammesso a ricorrere, si è osservato, che a' termini dell'art. 131 delle leggi di procedura penale è necessario che sia in carcere prima del giudizio di accusa, ed in conseguenza deve esservi nel termine dei cinque giorni ch'è posteriore al giudizio di accusa, e che è il tempo a produrre ricorso. È contro questa regola la decisione di ricevibilità del ricorso prodotto da *Gaetano Bartolo* in tempo che trovavasi sciolto da ogni modo di custodia.

« Ho rassegnato a SUA MAESTÀ l' affare, e la MAESTA' SUA veduto il parere della Consulta generale del regno, ha riprovata la massima adottata da cotesta corte suprema nella causa di che trattasi, salva l'autorità della cosa decisa. Inoltre ha sovranamente dichiarato, che salvi i casi di ricusa, di che trattano gli art. 498 e seguenti delle leggi di procedura penalo, *non evvi luogo a ricorso degl'imputati anche contro decisione di quistioni pregiudizioli, o di eccezioni perentorie, se non che nel modo, ne' termini e sotto le condizioni esplicitamente stabilite dalle leggi medesime.* Ha del pari SUA MAESTA' dichiarato, che nondimeno non sia vietato al ministero-pubblico di prodorre ricorso in corte suprema, anche prima del termine indicato dall' art. 175 delle leggi di procedura penale, contro ogni decisiono che ammetta una eccezione pregiudiziale o perentoria, la quale estingue il giudizio. — Nel real nome lo comunico a lei per l'adempimento. Napoli 17 luglio 1839. — NICOLA PARISIO. — *Al proc. gen. del RE presso la corte suprema di Palermo.* »

di non voler far uso della carta falsa 1): tutto ciò esclude necessariamente la sottoposizione all' accusa.

6. Ed in questi casi la natura stessa della quistione determina il diritto che hanno le parti ad essere intese, e risolve il dubbio se il ricorso sia o no sospensivo. Nell'ampliazione e rettificazione della instruzione la gran-corte esercita il terzo grado di polizia giudiziaria; ella lo esercita da sè stessa ; nè ha bisogno di esservi eccitata dalle parti. Quindi può farlo senza udir l' imputato , nè il ricorso di costui sospende il procedimento. Così pure può non udir l' imputato quando risolve quistioni perentorie. ma a di lui favore; quando cioè di ufizio, o spontaneo, o eccitato da qualche dimanda, dichiara estinta l' azion penale. Può allora l'imputato dolersi forse di essere stato assoluto ? All' incontro qualunque sia lo stato della causa, in cui siasi troncato con tal decisione il procedimento , il ministero pubblico ha diritto al ricorso, e questo è sospensivo 2).

7. Ma può la gran-corte risolvere le eccezioni contro l' imputato senza udirlo? La legge permette che il giudice possa di ufizio dichiarare estinta l'azion penale, ed in conseguenza prevenire la eccezion perentoria 3). Ma escluderla e rigettarla non può, se la eccezione non sia legalmente dedotta; e quando è legalmente dedotta, dee darsi al reo abilità di legalmente difenderla. Rigettare, *reiicere*, presuppone azione altrui precedente , eccezione , dimanda 4). Per essere questa legalmente dedotta dall'imputato , ei dev' esser presente in giudizio ; e quando egli è presente, debb' essere inteso. *Ei qui in alios animadvertisset indicata causa, dicendi ipsi potestatem fieri non oportet* 5). Qui *dicere* , è *pronunziare il giudizio* 6). Spesso la eccezione è l' àncora unica di salute pel reo : rigettata questa , ei può dirsi condannato : *neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur* 7).

8. Ma l'imputato può essere legalmente presente in giudizio fin da'primordii della instruzione, e quando egli è presente, può sempre dedurre le sue eccezioni. Se non che per essere legalmente inteso, ha bisogno di essere assistito da un difensore. Questo non si dà che dopo il giudizio di sottoposizione all'accusa. Ed ecco perchè delle eccezioni perentorie non si parla nelle nostre leggi di procedura, che al termine de'cinque giorni 8). Questa è la sede di sì fatti giudizii , i quali debbono agitarsi in udienza pubblica , udito il difensore, e pubblicandosene all'udienza la decisione 9). Una gran-corte che non ami trattenersi ad ogni passo. ed involvere in

1) Art. 114, 145, 446, 447, pr. pen.

2) V. il sopra riportato real rescritto, § 2 in *nota*.

3) Può far ciò nel corso dell'istruzione pel d. art. 114; il può nel giudizio di sottoposizione all'accusa pel d. art. 145.

4) Quindi le frasi *reiicere iudices*, *reiicere tutores*, *reiicere actionem vel exceptionem*. — Vedi la l. 2, § 2, D. XXVI, 6, *Qui petant tutores*.

5) Cic. Epist. ad fam. V, 2.

6) È una delle tre parole solenni, *do, dico, addico*. Ovid. *Fast*. 1, 47. Non è già che da questo *dico*, nel senso di *pronuntio*, vengano, come i più credono, le parole *iudico*, *iudices*, *iudicium*, perchè la prima sillaba di *dico*, *dicere*, sarebbe lunga, e se da questa fossero originale tai voci, dovremmo dire *iudices*, *iudicere* e non *iudices*, *iudicare*. Vengono bensì da *dico*, *dicare*, la cui prima sillaba è breve: *proprium tribuere*, *ius suum tribuere*, è lo stesso che il *propriamque dicabo*, di Virgilio (*Aen*. 1, 76). Questo è il fine de' giudizii: il pronunziarlo è semplicemente mezzo di manifestazione. Pur troppo il nome del *mezzo* indicò anche il fine, e ne nacque *addico*, sinonimo di *tribuere* e *dicare*.

7) L. 1, D. XLVIII, 17, *De requirendis vel absentibus damnandis*.

8) Art. 179 e 180 pr. penale. — V. la nostra *Procedura*, III, § 601 e segg.

9) Se nell'art. 180 si uguagliano gli effetti della scienza, tanto se questa si abbia per notificazione, quanto se si abbia per pubblicazione in presenza delle parti, è chiaro che queste decisioni debbon essere sempre pubblicate: dovere troppo spesso obbliato. — Non minore poi è la negligenza quando si rigettano le eccezioni senza udire l'imputato presente. Perciò fu annullata la decisione per *Nicola Lupo*, 23 novembre 1835, Longobardi comm., Nicolini m. p. — per *Giovanni Lanno*, 25 novembre d. anno, lo stesso commessario e ministero-pubblico. — per *Domenico Esposito*, 31 ottobre 1838, lo stesso comm. e m. p. — Intorno poi alla pubblicazione delle decisioni, anche per le ricuse nelle quali il difensore non si ammette alle aringhe, ma solamente a presentare memorie scritte, si avverta che ad onta di ciò esse debbono discutersi in pubblica udienza, citato il ricusante ed il suo difensore, e le decisioni a pena di nullità debbon essere pubblicate all' udienza. Arresto de' 21 dicembre 1840, nella causa di *Benedetto Stefanelli*, *Cataldo Loiodice*, e *Luigi Loiacono*, Montone comm., Nicolini m. p., Minervini avv. de' ricorrenti. — V. i nn. V, VI e VII pag. 500-527 di queste *Quistioni*.

un laberinto inestricabile di quistioni il corso della instruzione fino al giudizio di accusa, dee sempre rinviare alla sua sede siffatte eccezioni, come alla sede del giudizio del merito quelle che risguardano la estimazione delle pruove ed il fondo della causa, tranne se di ufizio intenda interdirne il procedimento (§ 5).

9. Strano di fatti è il vedere nella causa presente perdere la gran-corte niente meno che circa quattro anni per andar rispondendo a parte a parte a tutte le deduzioni degl' imputati e della parte-civile nel corso della instruzione. L'unica eccezione che risguardava la instruzione, era quella della incompetenza del giudice instruttore, per ragione, non di materia, ma di territorio. Non posso dir ora se la gran-corte vi abbia o no ritualmente pronunziato, perchè sì fatta eccezione si risolve in eccezione di atti nulli, ed il ricorso avverso le deliberazioni relative a nullità di atti, è uno di quelli che si cumulano col ricorso avverso la definitiva. Per fermo n'è reiterabile la eccezione nel termine de'cinque giorni, perchè prima vi fu mal pronunziato due volte, senza udire gl' imputati, i quali la seconda volta eran presenti, e costoro han protestato sempre contro tali deliberazioni 1). Ma per le altre eccezioni, e particolarmente per le perentorie, quando la gran-corte non le faceva sue per ammetterle di ufizio e dichiarare estinta l'azion penale (§ 5), ella dovea rinviarle o al termine de'cinque giorni, o alla discussione del merito 2).

10. Ma ella volle perdere il suo tempo in discuterle vanamente; il fece senza udire chi le produceva; ed il fece senza pubblicare le decisioni, e senza notificarle. Il perchè le dimande se ne reiteravano ad ogni passo, ed ella tornava quasi per diletto a riesaminarle nel suo segreto, ed aggiungeva carte a carte, ch'ella chiama decisioni, anzi giudicati: e di questi pretesi giudicati fa arbitrariamente la legge della causa.

11. Singolare è poi quello che riguarda gli effetti della interpellazione ai termini degli art. 446 e 447 pr. pen. La legge suppone in questi articoli la scienza certa ed effettiva degl' imputati di essere stati citati, cioè di aver avuta nelle mani e conosciuta la citazione a dichiarare, se intendessero far uso, o se volessero desistere dal far uso del documento; e perciò la legge non dice qui, come disse per i testimoni, che la citazione si potesse fare a persona o a domicilio 3): usa bensì la sola voce, *citati*. Intanto i due imputati vennero citati nel domicilio loro abituale in Napoli, e non risposero fra gli otto giorni. La gran-corte li crede perciò forchiusi da ogni facoltà di più rinunziare al documento, e prosegue il giudizio ad onta delle loro ripetute dichiarazioni di rinunzia. Essi protestarono non aver conosciuta la citazione, perchè nativi di Gragnano, nel mese che in Napoli più infuriava il colèra, si eran quivi ritirati, interrompendo ogni comunicazione con la capitale. Le citazioni a domicilio nel principio della lite non operano per presunzione di dritto la scienza dell'atto. La procedura civile e la procedura penale vanno di accordo in togliere a questi atti primordiali la presunzione assoluta di scienza, se non quando sieno accompagnati o seguiti da forme sì solenni, e da atti sì pubblici, che sarebbe stoltezza non presumerne la scienza. Tali sono gli atti di esecuzione nelle sentenze civili contumaciali; e tali nelle citazioni criminali, lo affissioni pubbliche degli art. 461, 462 e 463 pr. pen. La quistione dunque era di fatto e non di diritto. Potevano costoro aver avuta scienza di quella interpellazione in sì momentose circostanze? E pure è stata risoluta contro i rei come quistione di dritto: si è presunta in essi la scienza, sol perchè citati a domicilio; e la eccezione è stata tre volte rigettata, senza udir mai gl'imputati, senza pubblicar mai nè notificare le decisioni. Se ciò si credea non aversi potuto fare, perchè i rei non eran provveduti di legal difensore, ciò doveva avvertir la gran-corte, che ove ella avesse dubitato del buon dritto dell' eccezioni, le dovea rimandare alla lor sede ove avrebbero trovato questo difensore. Si può egli presumere che ove la legge parla di tanta pubblicità di forme per giudicare le ecce-

1) V. la nostra *Proced. penale*, III, § 612.
2) Art. 288 pr. pen. — V. la nostra *Proc. pen* III, § 613, 1067, 1110.
3) Art. 80 pr. pen. — Citato il testimone *a domicilio* la scienza della citazione si presume in lui, ma fino a pruova contraria. Art. 84 e 100 proc. penale.

zioni perentorie e rigettare la eccezione di atti nulli nel termine legale, ne abbandoni poi la decisione ad un consiglio, inquisitorio tutto e segreto, ed autorizzi che ciò si faccia nel corso della instruzione? Ma quando dà norme al corso della instruzione, la legge non parla mai di queste eccezioni. La più antica, la più naturale salvaguardia del dritto degl' imputati, è certamente nella pubblicità e nella difesa, e con lo stile tenuto dalla gran-corte esso sarebbe manomesso ad arbitrio di chi dee giudicarne.

12. Nè ciò offendeva l'art. 330 pr. penale. Questo parla di dimande tendenti ad esercitare un diritto o una facoltà conceduta dalla legge. Ma lo esercizio de'diritti e delle facoltà ha modi e termini stabiliti 1). Non è forse fra le eccezioni numerose prodotte in questa causa, intemperanti veramente, perchè moltiplicate dalla facilità insolita trovata ne'giudici di arrestarsi ad ogni passo e decidere a diritto ed a rovescio di ogni cosa, non vi è pur quella che risguarda il valor della perizia e la pretesa mancanza di materia punibile? I giudici non ne doveano forse rimandare lo esame alla sua sede, cioè alla discussione terminativa del merito? Così rinviar dovevano quelle delle eccezioni perentorie e degli atti nulli al termine dei cinque giorni. Ed avrebbero ubbidito, non violato l' art. 330; ed una causa per sè semplicissima, si sarebbe decisa nell'anno stesso in cui fu prodotta la querela, e non si sarebbe intralciata ed arrestata in un laberinto di ambagi, quante son quelle nelle quali si è imbarazzata la gran-corte, niente meno che fino ad oggi, senza trovar filo onde uscirne.

13. Oltre a che essendo venuto il termine de' cinque giorni, la maggior parte di queste eccezioni era reiterabile, perchè questa è la lor sede; qui possono essere intesi legalmente gli accusati; nè una decisione instruttoria, fatta senza udir costoro, senza assegnarli *ad hoc*, senza che sia stata ad essi intimata, può constituire un giudicato contro di essi. Ella era stata pronunziata, udito il solo m. p. Per gli accusati era *res inter alios acta* ai termini dell'art. 1305 delle leggi civili. Il che dimostra maggiormente che non allora, ma nel termine de' cinque giorni dovea la gran-corte occuparsi delle eccezioni di atti nulli, e delle perentorie, ove dovesse rigettarle.

14. Se non che ho amato ragionarne a dilungo, perchè veggo lo scandalo, che tutte le cause fra parti potenti o cavillose, particolarmente di falsità e di frode, son portate a via di eccezioni all'infinito, per poi conchiuderne con mente turbata un vano *non costa*: è il monte partoriente di Fedro. Ma queste osservazioni non menerebbero che a censura di atti instruttorii; e in conseguenza non potrebbero rivolgersi a nullità, che dopo la definitiva. Ci giovano però per farci strada alla seconda quistione che ci proponevamo: *Poteva la gran-corte cumulare la quistione di queste eccezioni con quella di competenza, nel giudizio di sottoposizione all' accusa?*

15. II. L' art. 431 pr. pen., parlando della sottoposizione all' accusa con rito speciale, dice espressamente che nol può: *niuna quistione può cumularsi a questa.* La particella, *non*, come la parola *niuno*, preposta al verbo *può* relativo al giudice, induce necessità precisa, e si risolve in impotenza giurisdizionale assoluta di diritto e di fatto 2). Chi fa il contrario, *excedit jurisdictionem, supra jurisdictionem suam jus dicit;* e perciò commette un eccesso *di potere*, vizio che rientra nella incompetenza assoluta, come sarebbe quello di condannare un reo prima della discussione pubblica, e fuori della sede statuita dalla legge pel giudizio terminativo. *Incompetenza assoluta* è nome di genere: ella è di due specie. La prima, detta tale propriamente della legge, è quando l' incompetenza è per ragion di materia; l'altra specie è l'eccesso di potere, quando chi ha facoltà di giudicare per ragion di materia, giudica in tempo che nol può per assoluta proibizione della legge.

1) *Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae ..... ad quas privata lis accomodatur.* Cic. *pro Roscio comoedo*, c. 8, in *fin.*

2) È l'antico borcardico: *Negativa* NON *praeposita verbo* POTEST, *tollit potentiam iuris et facti, et inducit necessitatem praecisam, designans actum iure impossibilem.* Arg. l. 5, C. 1, 14, *De legibus.— De reg.* iuris in sexto, cap. 1, alla glossa.— V. Molinaeum, tom. 3, pag. 18, n. 2. — V. Henr. Cocceium *ad* Grotium, lib. 2, c. 5, § 16. — V. Vinnium, *Select. iuris quaest.* 1, 1.

16. Nondimeno un tal divieto non si è ripetuto, quando il giudizio di sottoposizione all'accusa esce in competenza, non speciale, ma ordinaria. E non si dovea ripeterlo, perchè quando questo giudizio esce a competenza ordinaria, gli art. 179 e 180 disegnano la sede delle eccezioni nel termine de' cinque giorni. Questo termine però è soppresso quando esce il giudizio a competenza speciale. Perciò la legge, temendo potersi credere che ove il termine delle eccezioni è soppresso, si possa parlar di queste nel giudizio stesso di sottoposizione all' accusa, qui espresse il divieto, cui la distinzione giurisdizionale della sede de' due giudizii indicava più che espressamente nelle cause ordinarie. Si esprime forse il divieto che al giudizio di sottoposizione all' accusa non può cumularsi il giudizio delle repulse de' testimoni, degli esperimenti di fatto, delle ricuse de' giudici, de' dritti della parte-civile, del merito della causa? Tutte queste deduzioni sovente dagli accorti s'insinuano, prima del giudizio di accusa, in un interrogatorio, o in una difesa intemperante. Ma ciascuna ha la sua sede, ed alla sua sede dev' essere inviata. Il giudice che fa strascinarsi dalle improntitudini altrui al di là de' confini che gli segna intorno la legge, non meno *excedit iurisdictionem suam* di quando il fa per capriccio.

17. Per lo che il divieto espresso era inutile, quando la legge avea stabilita la sede propria delle eccezioni. Se queste debbon essere discusse, non sulle memorie scritte, come si discute la sottoposizione all' accusa, ma citate ed udite le parti in pubblica udienza, se l' accusato non è debitamente rappresentato in pubblica udienza da un difensore, o scelto da lui o dato a chi è sottoposo all' accusa e non vuole sceglierlo da sè, queste decisioni debbono essere pubblicate a pena di nullità 1), come mai potrebber esse cumularsi in un giudizio che si fa sol con memorie scritte, ed in cui è vietato all'imputato di comparire 2)? Nè dee passarsi in silenzio, che nella discussione delle eccezioni perentorie la legge è tanto sollecita di forme solenni, che abilita i giudici a rinviarne la disamina al dibattimento, o al tempo della decisione definitiva ove possono soccorrere il reo non solo le difese piene, non solo una maggiore pubblicità, ma il benefizio della parità de' suffragi. Questo è espresso dall'art. 288. Può supporsi mai che ciò possa farsi senza espressa permissione della legge, precedentemente alla pubblicazione del processo ed *inaudito reo?* Adunque il divieto dell' art. 431, *niuna quistione può cumularsi a questa*, è comune ad ogni quistione di sottoposizione all'accusa, tanto se meni alla competenza speciale, quanto se meni alla ordinaria.

18. Oltre a ciò l'ufizio del giudice nella sottoposizione all' accusa non è altro che di rivedere l' atto di accusa, scritto ai termini dell' art. 139, e questo articolo numera tutti gli elementi constitutivi dell'atto di accusa, quali sono le qualificazioni del reato, e del tal reato, e la sufficienza delle pruove; nè vi cumula altra quistione. A ciò dunque son limitati i poteri della gran-corte, come tassativamente statuiscono gli art 145 e segg. Può bene la gran-corte dichiarare che il fatto non è dalla legge qualificato reato; che l'azion penale è estinta; che la innocenza dell'imputato risulta chiara dagli atti; ed allora non pronunzia decisione di sottoposizione all' accusa, ma di assoluzione; e questa dev' esser pubblicata, come tutte le decisioni definitive 3). Può pure rettificare il già fatto, come sarebbe p. e. il credere non comunicata nè conosciuta una citazione a domicilio e ripetere la interpellazione; ed ampliare il processo; e nemmeno questa è decisione di sottoposizione all' accusa, ma ufizio instruttorio del terzo grado della polizia giudiziaria. *Cumulare* è giudicare insieme e con una sola decisione più cose 4). In questi casi non se ne giudica che una; cioè a dire sciogliere il reo dall' accusa, o meglio instruirla. *Cumulare* è bensì in quistioni

1) Art. 180 pr. pen. — Real decreto 9 dicembre 1825 — V. la *nota* 3 al § 8.
2) Art. 143 pr. pen.
3) D. real decreto 9 dic. 1825.
4) *Cumulare* è latinismo: *riunire, ammonticchiare, trattare in una più cose.* — *Truncis morumque ruina cumulare pyram*, Stat. Theb. VI, 85. — *Omnia principatus vocabula in unum cumulare*, Tac. Hist II, 80. — *Summum bonum cumulatur ex integritate corporis et ex mentis ratione perfecta*. Cic. de fin. V, 14.

diverse, quali sono il rigettare le eccezioni, ed il sottoporre il reo all' accusa. Dov' è scritta questa facoltà nella legge? Giudizii di natura opposta, di rito diverso, di oggetto diversissimo, ciascuno ha la sua sede. Per trasportarne alcuno fuori della sede propria, usando altra regola che quella dell' art. 431, quest' altra regola doveva essere espressa.

19. Nè dee pretermettersi che oggetto principale del giudizio di sottoposizione all' accusa è statuire la competenza, sì che se risulti dagli atti che l' affare appartenga alla competenza di altri giudici, la gran-corte dee ordinarne il rinvio 1). Or come potrebbe giudicare delle eccezioni, se non determina prima la competenza a giudicar l' azione 2)? E chi sa legalmente se ella sia speciale o criminale o correzionale, quando non per anco è decisa? All' incontro se pria di deciderla, ella si occupa di altre quistioni, queste debbono registrarsi nel foglio interno della votazione: ed allora che si farebbe quando la decisione uscisse a competenza speciale? Per ubbidire all'art.431, si toglieranno forse le quistioni intempestivamente decise, dalla decisione che si notifica per la sottoposizione all' accusa? Ed in questo caso ne deriverebbe una mostruosa difformità tral foglio interno e lo esterno di udienza; il reo rimarrebbe pregiudicato da una decision vera e segreta, contraria alla pubblica; ed i giudici potrebbero essere attaccati di falso e di dolo, o almeno cadere nel vizio del *bis in idem*.

20. Ed a ciò è relativo l'art. 177, che il ricorso avverso le decisioni di sottoposizione all' accusa non è ammessibile altrimenti, *che se il fatto non porti alla competenza che si è spiegata*. Questa restrizione nasce dalla natura della decisione ove niun' altra quistione può a questa cumularsi: altrimenti sarebbe contraria ad ogni ragione di equità; poichè il giudice potrebbe senza censura decidervi tutte le quistioni che vuole, e col suo arbitrio pregiudicare il reo impunemente. Se pregiudica il ministero-pubblico con escludere l' accusa per eccezioni accettate, ei può ricorrere, perchè la quistione non è cumulata con quella dell' accusa, tal che ammesse le eccezioni, non si disputa più dell' accusa: esse rimangono sole, e non solo non cumulate, ma non cumulabili ad altre. Ma quando l' accusa è ammessa, l' accusato non può attaccare innanzi alla corte suprema la decisione, se non pei motivi relativi alla competenza. Dunque non d' altro vi si può discorrere a suo danno. Se una gran-corte fa altrimenti, fa quel che *non può*, e commette un *eccesso di potere*.

21. III. *Quali sono le conseguenze di questi principii?*—L'art. 125 della legge organica, legge di ordine pubblico, distingue i motivi per cui le decisioni si rescindono, quelli cioè che tendono a dichiararle inutili non solo, ma come non fatte, in tre categorie. La prima è delle infrazioni delle leggi civili o penali propriamente dette, e noi nella causa non siamo ancora in questo caso. La seconda è delle violazioni delle forme essenziali di rito, ed ho dimostrato che la parte della decisione che pronunzia il rigettamento delle eccezioni ne contiene parecchie; ma se questa parte fosse una decisione separata, non potremmo di tali nullità ragionare, che dopo la definitiva. La terza è degli *eccessi di potere*; ed *eccesso di potere* è nella cumulazione sopra discorsa, perchè violando una legge proibente, e perciò perfetta, fa sì, che *eà quae fieri prohibentur et facta sunt*, *non solum inutilia, sed pro infectis etiam habentur* 3). Potremo forse scindere in corte suprema questa decisione, e discutere con la norma dell' art. 177 il ricorso avverso la parte che risguarda la competenza e l' accusa, e dichiarare inammessibile allo stato il ricorso avverso le eccezioni? A ciò si oppongono assai gravi ragioni.

22. In primo luogo l' eccesso di potere consiste appunto nella cumulazione, e l'anzidetto art. 125 non ci permette di dividere due cose, nel cui nesso appunto sta la nullità che rescinde la decisione. In secondo luogo alla gran corte può ben dirsi: *viam duriorem elegisti*. Perchè nel giudizio di accusa non limitarsi all' accusa, e rinviare il giudizio delle eccezioni al termine che per le eccezioni apre

1) Art. 146 pr. pen.
2) *Suppl. alla collez. delle ll.*, serie crim., n. 77.
3) D. L. 5, C. I, 14, *De legibus*. — V. *sopra* il § 15.

la legge, ovvero alla terminativa discussione del merito della causa? Ed in corte suprema si censurano le vie mal scelte specialmente quando esse son fuori dei limiti della giurisdizione. In terzo luogo la gran-corte cangia apertamente l'oggetto del giudizio di sottoposizione all' accusa in quello del giudizio delle eccezioni, e la competenza che le attribuiva il solo fatto accusato fa dipendere dalla risoluzione di queste eccezioni. Come dunque sciogliere l' una quistione dalle altre?

23. Di fatti nella sua decisione, scritta in un solo contesto, ella in prima enuncia che va ad occuparsi delle *eccezioni* presentate il dì 2 ed il dì 4 dicembre. Poi ne tesse la lunga storia, e le distingue in nove. Poi particolareggia i suoi consideramenti su ciascuna, ed altre ne rigetta per fatto, altre per dritto, altre per quelli, che ella chiama giudicati suoi stessi. Così il fatto dell' accusa mesce ed inviscera in quello delle eccezioni, dopo delle quali conchiude: *Considerando in fine che il fatto esposto dal p. m. nel suo atto di accusa risulta appoggiato da gravi indizii, e constituisce un misfatto preveduto dall' art. 293 leggi penali.* Ma che gl' indizii sien gravi, quando fu che il giudice estimollo? Appunto quando *supra jurisdictionem suam* estimò i fatti delle eccezioni. E quando fu che giudicò il fatto esposto dal p m. constitutivo del tale misfatto? Appunto *in fine* della discussione delle eccezioni. Perchè rimaneva nella causa la sola conseguenza che il misfatto era preveduto da quell' art. 293? Appunto perchè la gran-corte credette che le eccezioni intese a minuire il reato fino a renderlo un delitto, erano sparite Dunque se la gran-corte non ha separate le quistioni, nella mente de' giudici l' una e le altre erano sì congiunte, ch' essi non voller l' una segregare dall' altra. Dunque la cumulazione delle quistioni è qui di natura tale che non può sciogliersi senza dubitare della estimazione de'fatti, e della competenza che si è spiegata. Dunque nel modo come nella gran-corte si è proposta e discussa la quistione, e scritta la decisione, l' attaccare col ricorso la facoltà di decidere in quella sede senza udir le parti e senza pubblicare la decisione, è un attaccare appunto la competenza che si è spiegata, e rientra il ricorso nell'ammessibilità, favorita e non contraddetta dall' articolo 177. Ed ammesso il ricorso, la ragione stessa che ci sforza ad ammetterlo e discuterlo, opera la rescissione della decisione.

24. So che questo mio avviso, se interrompe nuovamente una causa tanto ritardata, la ritarda appresso di vantaggio, trasportandola in altra provincia. So pure che se un tale avviso adempie il voto dei due ricorrenti, è contrario a tutti i rei, consapevoli del loro torto nel giudizio del merito, a' quali piace trovar facili i giudici ad interrompere il corso della causa e andar decidendo, come per diletto, eccezioni perentorie, eccezioni di atti nulli, eccezioni di merito 1). Ma appunto per ciò io insisto tanto a restituire all'instruzione ciò ch' è della instruzione, al giudizio di sottoposizione all' accusa ciò ch'è di questo giudizio, al termine de' cinque giorni ciò che appartiene a tal sede. Se la gran-corte avesse con costanza rinviate al termine de' cinque giorni le eccezioni proposte, la causa non si sarebbe protratta fino a questo tempo, nè avremmo avuto oggi la pena d'intrattenerci su d'un oggetto ch' esser dovrebbe omai d' una pratica abituale, nè ancora trovarvi materia a censurare i giudici, per rinviare la causa tutta ad altri di egual grado. Qual ritardo all' esempio pubblico, se gli accusati son colpevoli! Quanti non meritati palpiti di più, se gli accusati sono innocenti! Quante spese vane recate alle parti ed al pubblico tesoro! Mio malgrado dunque, organo della legge, io dimando che si dichiari ammessibile il prodotto ricorso, si annulli la impugnata decisione, e si rinvii la causa ad altra gran-corte, per-

1) Sono da tenersi presenti sempre le parole del real rescritto de' 17 luglio 1839 in occasione di altra decisione fatta da una gran-corte di Sicilia sopra eccezioni che si vollero decidere prima del loro tempo. Ciò avviene per impazienza di togliersi un ostacolo d'innanzi, senza pensare che mal tolto in tal modo, risorge poi più legalmente e più forte per eternare il giudizio. Il rescritto è riferito *sopra* al § 2 in *nota*. Le parole gravi delle quali parliamo, sono nella sua motivazione: *il rito penale ha forme di presidio alla giustizia; ma non permette che il reo abbia libera la via d'intralciare ad ogni passo il corso de' giudizii, ed isfuggire il giusto rigore delle leggi.*

chè con più regolare procedimento ritiri verso i principii suoi l' ordine de' giudizii penali, renduto da alcuni troppo improvido e corrivo ad ogni spinta delle parti, e per inclinazione agli arbitrii sommamente intralciato 1).

XXIII A XXVI.

Gli stessi principii nel n. precedente sotto altro aspetto.

SOMMARIO

PRIMA QUISTIONE (N. XXIII). — *Cumulazione di altra eccezione qualunque al giudizio di sottoposizione all'accusa.*

I. Oggetto della decisione di sottoposizione all'accusa, § 1. — Vi è intrinseca la determinazione della competenza; ma alcune tra le specie di quistioni di competenza le sono estranee; e molto più quelle che sono eccezioni di merito, ovvero perentorie, benchè mascherate sotto nome d'incompetenza, § 2 a 5.

II. Stato della quistione. — Atto di accusa e cumulazione di altre eccezioni in questa causa alla quistione di accusa: queste si sono mascherate sotto nome di quistioni di competenza, § 7 ed 8.

III. Doglianza degli accusati nel termine de' cinque giorni, § 9.

IV. Ella è giusta per non essersi udite le parti; più giusta per essersi cumulate altre quistioni alla quistione di sottoposizione all' accusa, ed a quella di competenza per ragion di materia, § 10.

V. Conchiusione, § 11.

SECONDA QUIST. (N. XXIV). — *Se dedotta la incompetenza, sia lecito pronunziare sulle eccezioni perentorie o sul merito primo di decidere la competenza.*

I. Stato della giurisprudenza prima del 1819, § 1 e 2.

II. Legge del 1819, § 3.

III. Può una gran-corte continuare il procedimento sino al termine de' cinque giorni, ancorchè contro la sua decisione di competenza siasi opposta una protesta dalle parti. — Se in questo procedimento ella dichiara il reo assoluto dall'azione, si apre subito adito al ricorso del m. p., § 4. — Cosa convenga nelle dichiarazioni d'incompetenza le quali si eseguano immediatamente, trasportando gli atti ad altro giudice, § 5.

IV. Quistione nella causa, § 6.

V. Conchiusione, § 7.

TERZA QUISTIONE (N. XXV). — *Come s' intenda che la quistione di competenza per ragion di materia sia sempre ammessibile in ogni stato di causa.*

I. Preambolo che accenna la nostra opinione, § 1 e 2.

II. Stato della quistione giurisdizionale presentata alla corte suprema, § 3 a 5.

III La corte suprema applica a questa quistione di competenza per ragion di materia, le teorie della eccezione della cosa giudicata ne' giudizii di merito, § 6 a 8.

IV. Cinque massime ch'ella ne deriva, § 9

V. Risolve la quistione negativamente, § 10 a 12.

QUARTA QUISTIONE (N. XXVI). — *Se possa elevarsi conflitto tra una gran-corte criminale, ed un giudice correzionale posto nell'ambito della sua giurisdizione.*

I. Antica giurisprudenza, § 1.

II. Stato della quistione, § 2 e 3.

III. Si risolve la quistione affermativamente, § 4 a 6.

XXIII.

Cumulazione di altra eccezione qualunque al giudizio di sottoposizione all' accusa.

1. Signori 2), non è dubbio che le decisioni di sottoposizione all' accusa sieno intese a statuire la competenza nella causa, e sovra ogni altra la competenza per ragion di materia. Quindi il ricorso avverso di esso è ammessibile, *se il fatto non porti alla competenza che si è spiegata* 3). Le parole della legge, *se il fatto non porti alla competenza che si è spiegata,* sono evidentemente relative all'art. 485 pr. penale, ove è detto: *Ogni giudice, a pena di nullità, è tenuto di rimettere al giudice competente per ragion di materia tutte le procedure e gli effetti che*

1) Così venne deciso. — V. nel *Suppl. alla coll. delle ll.* il d. n. 77. — Co' quali principii van di accordo anche le prescrizioni del real rescritto 24 dicembre 1823, il quale parte dalla massima cha niun'altra quistione possa essere cumulata al giudizio di sottoposizione all'accusa. Noi lo abbiamo riportato per intiero nella nostra *Procedura penale*, parte III, § 605.

2) Nella causa di *Pietro* e *Giovanni Parente*, 2 settembre 1833, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

3) Art. 177 pr. pen.

appartengono alla di lei giurisdizione; e ciò quando anche non vi sia richiamo di parte. È un dovere di ufizio, il cui adempimento è di sua natura proprio ad ogni stato di causa, ma più proprio, anzi essenziale al giudizio di sottoposizione all'accusa. Imperocchè per sottoporre un reo ad accusa, l'instruzione delle pruove debb'essere compiuta 1); e fino a quel punto non versa la gran-corte che fra meri ufizii di polizia giudiziaria, che possono accennare a tutte le competenze: allora comincia il giudizio propriamente detto; nè vi è giudizio senza giudice competente. Se non che tal giudizio è relativo al fatto di cui si sono acquistate le pruove nella instruzione. Quindi l'accusa non solo dee contenere un fatto tale che corrisponda alla natura del reato, a giudicare il quale la gran-corte sia competente 2), ma dee riconoscervisi la sufficienza delle pruove, onde il reo sia sottoposto con probabilità di condanna al giudizio 3). Quindi ogni decisione di sottoposizione all'accusa si distingue in giudizio di fatto, ed in giudizio di dritto: in quello di fatto si guardano, distinte per luogo e per tempo e per qualità ed intenzione degli accusati, tutte le operazioni di costoro relative al reato, e la sufficienza delle pruove acquistate; in quello di dritto si giudica se questi fatti particolari presentino le condizioni del reato, qual è preveduto in ipotesi generale dalla legge, e se tal reato meni per ragion di materia alla competenza che si spiega 4).

2. Ma la competenza non è solo per ragion di materia: abbiamo quella per ragione di territorio, e l'altra per ragione di gerarchia. Le due ultime sono di forza men imperiosa e men necessaria, e non opposte non rendono sempre illegittimo per sè stesso e nullo il giudizio. Ma se un giudice di polizia pronunziasse sopra delitti o misfatti; se un giudice correzionale pronunziasse in materia di misfatti; se un giudice di eccezione pronunziasse sopra reati ordinarii; se un giudice non rivestito di poter punitivo pronunziasse sopra reati di qualunque specie, eccetto il caso di un delitto o contravvenzione commessi all'udienza pubblica di un collegio giudiziario, tutto ciò è propriamente detto *incompetenza per ragion di materia* 5), perchè il giudice *supra iurisdictionem suam ius dicit*. Non è men competente per ragion di materia un giudice di eccezione, come p. e. è la gran-corte speciale; ma questa eccezione non è altro che sottrazione alla competenza ordinaria. Quindi se la competenza speciale non è rilevata prima della decisione, o almeno prima della discussione pubblica, la regola riassorbisce l'eccezione, ed il giudizio si sostiene 6). E così si sostiene, se non è rilevata la competenza territoriale. Si sostiene pure se la corte suprema abbia disegnato fra molti atti che annulla in un giudizio, alcun atto che ritiene, e ciò è negletto dalla corte di rinvio, e la negligenza non è rilevata dal giudice nè dalla parte pubblica, nè dalle parti private: questa sarebbe incompetenza per ragion di gerarchia. La sola incompetenza per ragion di materia è *assoluta*: ella dee, tosto ch'è scoperta, dichiararsi di ufizio, e molto più a dimanda delle parti. Ogni altra è *relativa* allo stato della causa. Quanto più il giudice competente per ragion di materia, ma incompetente per altro rapporto, prende radice nel giudizio, e si avvicina al cimento terminativo, tanto la incompetenza relativa è men forte a spodestarlo della causa.

3. I nostri antichi riconoscevano la competenza *per ragion di persona*, in cui non si guardava altro che la qualità civile del reo convenuto. Tale era la militare per la sola divisa militare, quella de'preti per la sola dignità di prete, quella di alcuni funzionarii pubblici per la sola qualità di pubblici funzionarii. Giustiniano permise che costoro potessero rinunziare al loro privilegio 7). Queste competenze per

1) Art. 138 pr. pen.

2) Art. 139 pr. pen. — V. la nostra *Pr. pen.* III, 436, 567, 759, 775, 778.

3) Art. 145 e segg. pr. pen.

4) V. nel n. precedente il § 1 e 2.

5) Art. 486 pr. pen.

6) *Quid iuris*, se la competenza speciale è rivelata prima della discussione pubblica, ma dopo che sia trascorso il termine dato a ricorrere avverso la decisione che dichiara la competenza ordinaria? La corte suprema ha creduto in una causa, che non impugnata la competenza ordinaria nel termine dei cinque giorni, ella si sostenga sino alla fine, non ostante qualunque opposizione dopo questo termine. Noi dubitiamo della verità di questa massima. V. *infra* il n. XXV.

7) L. 29, D. II, 14, *De pactis*. — L. 68 e 69 *De reg. iuris*.

solo riguardo personale, son oggi cessate. Il reato dev' essere militare *per ragion di materia*, quando si vuole che sia soggetto alla competenza militare, e così negli altri reati di competenza eccezionale, come sono gli speciali, o quelli de' funzionarii pubblici soggetti in prima ed ultima instanza alla corte suprema, ecc. 1). Ma avvezzi noi per lo innanzi a dir nel fòro, *competenza per ragion di persona*, onde disegnare le competenze relative, benchè oggi queste non siano più per pura *ragione di persona*, n' è trascorsa la frase nella seconda parte del detto art. 485; e dove ne' casi della incompetenza assoluta si dà al magistrato il dovere di trasmettere d' ufizio a pena di nullità le cause al giudice competente, tosto si soggiunge : *lo farà anche nelle cause nelle quali è incompetente* PER RAGION DI PERSONA *: ma s' egli nol faccia, non si dà luogo a nullità sino al momento in cui non vi è richiamo di ministero-pubblico o di parte* 2). E ciò si riferisce al giudice ordinario comune, da cui tutte le altre giurisdizioni s' intendono sottrarre per eccezione 3).

4. Ed ecco perchè, quantunque molte eccezioni si risolvano in incompetenza, non tutti i casi d'incompetenza son compresi nel giudizio della sottoposizion all'accusa. La competenza che in questo giudizio si decide, riguarda unicamente il fatto accusato, preso per dir così, in ipotesi e nella sua forma generale, quale risulta dalla instruzione. Anzi l'indole della competenza per ragion di materia è sempre questa, anche nel corso della instruzione, e nello stesso corso de' termini sino alla definitiva. In ogni grado del penale procedimento, la quistione è soltanto la seguente: *Dato il fatto, quale appare sino a questo punto, chi è competente a giudicarne?* Il perchè la quistione di competenza è sempre rivocabile, non appena che per nuove avvertenze che si facciano, e per nuove pruove che si acquistino, si cangia il concetto, non che lo stato della causa.

5. A questa competenza principe, cui vanno di costa la competenza per ragion di territorio, e l' altra per ragion di gerarchia, seguono altre specie d' indole più particolare, le quali decise una volta formano giudicato. Tali sono quelle che più propriamente diciamo *eccezioni perentorie*, le quali decise a favor del reo, tolgono al giudice ogni giurisdizione a proseguire la causa. Tale in una causa di furto sarebbe l' eccezione che il fratello accusato presenti, di convivere sotto lo stesso tetto col germano querelante; ed è tale nella causa presente l'eccezione, bene o mal fondata ch' ella sia, dedotta dagli accusati, della loro coabitazione col dirubato, dell' amministrazione indivisa di beni, e del dritto loro sulle cose che diconsi involate 4). Per giudicare di queste eccezioni, conviene supporre nel giudice la competenza in generale a decidere nella

1) Per essere soggetto alla cura ecclesiastica non basta di essere ecclesiaalico; conviene che il reato attacchi la disciplina ecclesiastica, e non la sola legge comune. Perchè di un reato giudichi in merito la sola corte suprema, non basta che il reo sia magistrato; conviene che il reato sia reato in ufizio. Sarà ciò meglio avilnppato nel n. XXVII per la *competenza militare*. I principii ne sono applicabili a tutte le competenze eccezionali.

2) V. la nostra *Proced. pen.* I, 568, 575, 605.— III, 456, 579, 664, 763. — Da ciò deriva che se il richiamo se ne faccia anche dopo il termine dei cinque giorni, esso dovrebbe essere sempre efficace.

3) Si avverta però che se alcuni reati eccezionali, come sono i militari puri, e gli ecclesiastici puri per ragion di materia, non hanno per queste riguardo alcuna pena nelle leggi comuni, ne mancherebbe affatto il *poter punitivo* nel giudice penale ordinario, e sarebbe il caso dell'art. 486 proc. penale, che *un giudice non rivestito di poter punitivo giudicasse sopra reati che fuori del caso di eccezione per ragione di quella materia non sarebbero reati*. L'indizio sensibile di ciò è quando il giudice ordinario ed il giudice di eccezione non hanno una giurisdizione comune che sovrasti ad essi dopo la definitiva. Così ogni giudice ordinario ed alcuni giudici di eccezione, rilevano egualmente dalla corte suprema di giustizia, se non sempre, almeno in alcuni casi eventuali, siccome accade alle gran-corti speciali. Ma le curie ecclesiastiche ed i tribunali militari hanno nel loro ordine gerarchico una linea di poteri che non si appunta in verun caso alla corte suprema di giustizia. E perciò se un giudice ordinario, non rivestito in alcun caso di poter punitivo ne' reati puramente militari, o puramente ecclesiastici, si attenti a giudicarne, *sententiae sine appellatione rescinduntur*. Se n'è verificato il caso nella causa *Aloè*, in cui fu rescisso dal RE un arresto della corte suprema che feriva una curia ecclesiastica, la quale certamente non era a lei subordinata. Decr. 31 agosto 1831.

4) Questa specie si riprodusse in corte suprema nel 1841. V. il n. XXI, pag. 776 queste *Quistioni*.

causa, o sia la competenza per ragion di materia, e supporre in ipotesi l'esistenza del reato : allora è che la gran-corte può discendere ne'termini e con le forme stabilite dalla legge, a statuire sopra sì fatte eccezioni. Esse perciò non sono eccezioni d'incompetenza propriamente dette, quantunque tendano a spodestare il giudice della sua giurisdizione nella causa: chiamarle tali, sarebbe far uso d'un improprio linguaggio. Fino a tanto che tali eccezioni non sono decise, lungi dall'essere eccezioni d'incompetenza, suppongono che il giudice sia competente, perchè le definisca. Definite che sono, ma a favore del reo, estinguono ogni giurisdizione nella causa, come l'estingue qualunque giudicato.

6. Or è avvenuto nella causa presente, che si son chiamate eccezioni d'incompetenza, proprie del giudizio di accusa, quelle che non guardavano la giurisdizione per ragion di materia, anzi presupponevano questa onde essere giudicate. Non potevano dunque venir prodotte nè decise nella sede del giudizio di sottoposizione all'accusa. Esso non guarda che il fatto accusato, nè può occuparsi che della sola quistione: *Dato il fatto accusato, a chi appartiene per ragion di materia la giurisdizione di giudicarne?* Ogni quistione di altre eccezioni, comecchè si voglia qualificarle d'*incompetenza*, ripugna alla sede di questo giudizio 1).

7. Il ministero-pubblico, raccogliendo i fatti e le pruove riunite nella instruzione, accusò i ricorrenti di furto qualificato per la somma e per lo mezzo. Essi in più memorie avean dedotto parecchie loro eccezioni. Quale sarebbe stato l'andamento regolare della gran-corte? Deliberare della competenza per ragion di materia, è rinviare queste eccezioni, benchè qualificate d'incompetenza, nel termine de'cinque giorni. Per giudicar queste, era necessario che vi fosse il giudice competente nella causa; il che non potea definirsi, secondo lo stato del processo, che nel giudizio di sottoposizione all'accusa: era necessario che il processo e che i documenti che si citavano in appoggio di quelle eccezioni, fossero pubblicati; il che non poteva ottenersi che dopo di essersi approvata l'accusa : era necessario che gli accusati fossero intesi all'udienza per mezzo di legal difensore; il che non poteva avverarsi che dopo l'apertura di quel termine. La competenza per ragion di materia è la sola che in ogni stato di causa dee dal giudice risolversi di ufizio; obbligo che gli viene dalla legge tosto che il processo gli mostra esser egli incompetente : quindi dee farsi, o che le parti private la propongano, o che non la propongano; o che queste possan essere intese all'udienza, o che non possano. Di fatti nel giudizio di sottoposizione all'accusa esse non sono intese all'udienza. Per tutte le altre eccezioni sarebbe un eccesso di potere rigettarle senza udire chi vi ha interesse.

8. Nondimeno la gran-corte nel giudizio di sottoposizione all'accusa propone a sè due quistioni, e le risolve nella decisione con due parti distinte della sua definitiva : I, *Rigetta le eccezioni d'incompetenza prodotte da' due accusati;* II. *li sottopone a legittimo stato di accusa di furto qualificato.*

9. Ma quelle non erano state che eccezioni perentorie; e nel termine di cinque giorni si presentarono gli accusati avverso tal decisione, e ripetettero la loro eccezione Questa venne discussa, ma rigettata sol perchè avea l'ostacolo della cosa giudicata per la pronunziazione fattane nel giudizio di sottoposizione all'accusa. Ma come potea dirsi *cosa giudicata* nell'interesse delle parti private, ciò ch'era stato pronunziato, intesa solamente la parte pubblica, e per motivi che non furon quelli, i quali, molto particolareggiati, vennero esposti nella nuova dimanda 2)?

10. Questa doglianza è giusta per non essersi udite le parti nella risoluzione di quistioni che la gran-corte non era obbligata di fare per necessità di ufizio. So che nella risoluzione di quistioni di competenza per ragion di materia, non è motivo ammessibile in corte suprema quello che rileva la non udizione delle parti private prima della pubblicazione del processo : la gran-corte, comunque vi sia

1) Tal quistione è stata ampiamente trattata nel n. precedente.

2) Art. 1305 ll. cc.

chiamata, o le decide di ufizio, o le rimette al giudizio di sottoposizione all'accusa, ove nemmeno intese sono all'udienza le parti private 1). Ma nelle altre eccezioni sarebbe fuori di ogni uso di legge il rigettare eccezioni *parte indicta et inaudita*. Trovo poi contrario all' indole del giudizio di accusa, che oltre alla competenza per ragion di materia, vi si cumulino altre quistioni mascherate sotto nome d' incompetenza 2).

11. Per queste ragioni richiedo l' annullamento della decisione impugnata, ed il rinvio della causa ad altra gran-corte 3).

XXIV.

Se dedotta la incompetenza sia lecito pronunziare sulle eccezioni perentorie o sul merito, pria di decidere la competenza.

1. Signori 4), prima della pubblicazione del codice del 1819, l'eccezione d'incompetenza in materia penale sospendeva sempre la giurisdizione; tal che qualunque decisione pronunziata dal giudice in pendenza di tal eccezione, era nulla. Da questo principio derivava la teoria di non potersi mai cumulare la competenza con le eccezioni perentorie o col merito; e però era dovere assoluto d'una corte criminale pronunziare, preliminarmente sulla nuda eccezione d'incompetenza; attender quindi il termine atto alla produzione del ricorso; ed ove il ricorso fosse stato prodotto, attender pure la definizione della corte regolatrice. Così il giudice, dopo aver accertata la sua giurisdizione, potea discendere alla disamina di tutte le quistioni della causa 5).

2. Questo solo, come ognun vede, avrebbe con giudici inerti, e con corte suprema inogia e neghittosa, renduti eterni i giudizii. Imperocchè non vi era causa ove fosse d'interesse dell'imputato l'interrompere il procedimento, in cui non si producesse o sul bel principio o nel mezzo un'eccezione d'incompetenza. E se ne inventavano alcune di singolare cavillazione. Tal era quella di *mancanza di materia punibile*, la quale mostrasi evidentemente da per sè quistione di merito, non di competenza 6). Eppure l' energia e lo zelo de'magistrati rendette poco sensibile il difetto della legge.

3. A questo difetto accorsero le leggi di procedura penale pubblicate nel 1819, Ivi l' art. 157 statuisce: *non è aperto ricorso contro alle decisioni di competenza fatte nel giudizio di accusa* o *precedentemente, se non nel termine de' cinque giorni*. In forza di questo art. per tutti i ricorsi avverso le decisioni di competenza pronunziate prima del termine dei cinque giorni, la corte suprema, al mettersi in esecuzione le ll. di pr. del 1819, restituì le carte alle gran-corti criminali, perchè continuassero a procedere sino a quel termine 7). Ciò dimostra che la gran-corte, secondo le attuali leggi di pr. penale, dopo la dichiarazione di competenza fatta precedentemente al termine de' cinque giorni, ha giurisdizione di passar oltre a tutti gli atti necessarii per giungere a questo termine, abbenchè siavi richiamo delle parti.

4. Se la gran-corte può continuare a

1) Art. 157 pr. pen.

2) V. sviluppata questa nullità in tutti i suoi particolari nella *conclusione precedente*. Nel real rescritto del 24 dic. 1823, riportato in *nota* nella nostra *Pr. pen.* III, 605, si vieta espressamente queata cumulazione.

3) Così venne deciso.

4) Nella causa *Chiapparelli* ed *Orlando*, 12 dic. 1838, Celentano comm., Nicolini m. p.

5) Suppl. alla collez. delle ll., *serie crim.* n. 4, c. 15. e n. 77, e n. 91 e 140.

6) Arresto del 23 gennaio 1835, in causa *Bonocore*, Longobardi comm., Nicolini m. p. Questa causa fu trattata tre volte in corte suprema. La prima nel dì 23 genn. 1835 sulla eccezione di *di mancanza di materia punibile:* il ricorso fu dichiarato inammessibile. La seconda nel 15 aprile 1836, e la terza nell'11 settembre 1837. V. il n. VIII, § 1 e 5, pag. 532 di queste *Quistioni*. — V. il n. preced. § 5.

7) Circolare ministeriale del 7 settembre 1819.— Ed è da avvertire che se fosse continuato il sistema di discutere ad ogni passo i ricorsi avverso le decisioni di competenza, particolarmente nella intemperanza di travestirvi il merito con l'eccezione di mancanza di materia punibile, la corte suprema, secondo la organizzazione del 1817 non vi sarebbe stata sufficiente. Prima vi era la *camera de' ricorsi* esclusivamente incaricata delle competenze sì civili, che penali. V. il n. I § 27, pag. 1 di queste *Quistioni*.

procedere, può pure spezzare il corso del giudizio con risoluzione di quistioni perentorie e di merito a favore del reo, ai termini degli art. 114 e 145. Imperciocchè se il fatto non offre materia ad ulteriore discussione nè ad indagini, ma chiara apparisce l' innocenza del reo, sarebbe vano l' atto di accusa ed il termine dei cinque giorni. La natura dunque nelle cose suggerisce la facoltà di chiudere ogni procedimento e liberare il reo, ancorchè vi sia protesta di ricorso avverso la competenza. Se non che liberato il reo definitivamente, si apre immediatamente adito al ricorso del ministero-pubblico, per la ragione che non vi è più possibilità del termine di cinque giorni 1). Ed egli allora può ricorrere nel tempo stesso e contro la competenza del giudice, e contro la decisione che assolve il reo.

5. Che se la gran-corte pria del termine de' cinque giorni dichiari nella causa la sua incompetenza, sì che, non ritenendosi più da lei la cognizione, non si può più presso di lei verificare la dazione del termine de' cinque giorni, questo stesso renderebbe abile il ministero-pubblico a produrre il ricorso prima della esecuzione dell' invio del processo. E questa facoltà egli avrebbe a maggior ragione quando il tribunale cui si rinvia la causa, ha rito diverso di quello della gran-corte criminale, come sarebbe p. e. un consiglio di guerra o una commissione militare 2).

6. Ma il più spesso avviene ciò che nella causa di cui ci occupiamo, è avvenuto. Prodotta l'eccezione d'incompetenza, la gran-corte non vi pronunzia, e passa sino alla dichiarazione di non esservi luogo a procedimento penale. Io debbo credere non vero ciò di cui sospetta il ministero-pubblico ricorrente, che avendo egli dimandato la dichiarazione di competenza correzionale, si è voluto dissimularla sol perchè la maggioranza della gran-corte ha creduto bello di non perdere il suo impero col perdere la cognizione della causa, la quale era evidentemente di altro giudice; e solo perchè voleva, assolver ella l' imputato, cui forse il suo giudice avrebbe condannato. Se non vi fosse stata l'omissione di pronunziare sulla decisione d'incompetenza, noi non potremmo occuparci che delle violazioni di legge, avvenute forse in tal decisione definitiva, e vedere nel merito la sua competenza.

7. Ma nel caso attuale noi possiamo dispensarci di ragionare del merito. Si era opposto dal ministero-pubblico la competenza correzionale. La gran-corte omettendo di pronunziarvi, ha assoluto l' imputato 3). Ha dunque violato l'art. 330 pr. penale, che parifica l'omissione alla commessione; e se si annulla a buon dritto per violazione di forme, si annulla egualmente a buon dritto per la omissione ed obblio, o per lo espresso rifiuto di pronunziare su di una dimanda che la parte pubblica o le parti private avevan dritto o facoltà di fare. All'incontro consumato quell' atto, della facoltà data da quest'art. al ministero-pubblico, egli non potrebbe più fare esperimento: la decisione pronunziata è definitiva. La quistione dunque che qui abbiamo non è del fatto da cui è derivata l' assoluzione: ella è del vizio d' incompetenza di cui la decisione non è stata purgata. Dimando perciò l'ammessione del ricorso del ministero-pubblico, e l' annullamento della decisione 4).

XXV.

Come s' intenda che la quistione di competenza per ragion di materia sia ammessibile in ogni stato di causa.

1. Non è nuovo il principio, che il potere punitivo per tutt' i reati sia del giudice ordinario, qual' è la gran-corte criminale. Tanto è ciò vero, che se nella pubblica discussione si scuopre esser delitto o contravvenzione ciò che fu accu-

1) V. *sopra* il n. XXII, pag. 871 nota 5.

2) Arresto del 6 dicembre 1837, nella causa di *Giuseppe Tavani*, Montone comm., Nicolini m. p.

3) Di ciò abbiamo veduto molti esempii. La gran corte ha dritto incontrastabile dopo il dibattimento di assolvere il reo per eccezion perentoria, comecchè giudichi essere il fatto di competenza correzionale. Ma nol può nel corso del giudizio. Dee bensì rinviare la causa al suo giudice.

4) Così è stato deciso.

sato come misfatto, l' art. 82 della legge org. e l' art. 300 pr. penale danno alla gran-corte criminale il potere di pronunziarvi. Anzi nei reati connessi lo stesso atto di accusa comprende e misfatti e delitti e contravvenzioni, addebitati al medesimo reo. Le corti speciali son ora le stesse che le corti criminali, aggiuntivi solamente due altri giudici: il rito è il medesimo, tranne che nel rito speciale si sopprime il termine de' cinque giorni, e si nega il ricorso avverso la definitiva. Nondimeno nel caso che nella pubblica discussione svanisca il misfatto di competenza speciale, o svanisca la circostanza che avea dato luogo a tal procedimento, l'art. 433 pr. penale statuisce che ciò non ostante sarà decisa la causa da tutti gli otto giudici che hanno assistito alla pubblica discussione. Ed allora vi è luogo a ricorso. Oltre a ciò la corte suprema ha tra i magistrati ai quali sopraintende, anche le gran-corti speciali; ed oltre la determinazione della loro competenza, non è raro il caso della censura ch'ella fa delle loro decisioni in merito, annullandole nell' interesse della legge. Anzi ove le condanne a morte o a pene perpetue sieno pronunziate a maggioranza minore di sei fra gli otto giudici, ella può ammettere il ricorso anche nell' interesse delle parti 1). Tutto ciò mostra che sebbene la materia della competenza speciale sia ben distinta da quella della competenza ordinaria, la giurisdizione dell' una e dell'altra esce da un tronco comune, i cui rami non si distinguono che quando il ramo speciale si afferra e si stacca dal viluppo in cui è nell'ordinario. E perciò l'art. 301 ci avverte che se *nel corso della discussione risultino circostanze che imprimono al misfatto il carattere di misfatto speciale, la gran-corte criminale continuerà a procedere colle sue facoltà ordinarie*, e *deciderà ed applicherà la pena, se vi ha luogo*.

2. Da ciò deriva che ove mai anche nell' atto di accusa e nel giudizio di sottoposizione all' accusa, venga ad esprimersi la circostanza che mena alla competenza speciale, ed intanto per inavvertenza non viene sottoposto il reo alla giurisdizione speciale, ma all' ordinaria, quante volte alcuna delle parti non vi opponga ricorso, la corte ordinaria procede regolarmente. Ma che sarà se scorsi i termini del ricorso, il ministero-pubblico prima della pubblica discussione intenda dalla gran corte medesima far correggere l' errore? Io sono in dubbio, e piuttosto propenso a dire che il possa: imperocchè l' art. 157 pr. pen. dà facoltà di decidere la incompetenza per ragion di materia *in ogni stato di causa*, e non distingue la competenza speciale dalle altre specie di competenza: la competenza *per ragion di materia* è tutta e sempre di ordine pubblico.—Ma la corte suprema parmi aver deviato alquanto da queste massime nel seguente arresto.

3. « *L' anno 1836, il 2 settembre* — Alla suprema corte di giustizia, camera criminale. — Il commendatore vice-presidente Montone ha fatto il rapporto della causa a carico di *Giovanni Cresci*, dal quale risulta quanto segue:

« Il pubblico-ministero presso la gran-corte criminale in Terra di lavoro, nel 2 di ottobre del 1834 accusò *Giovanni Cresci*, usciere, di falsità in mandati di ufiziali pubblici che aveano facoltà di far trarre danaro da una officina di pubblico danaro, e *Felice Contenta* di complicità nell' anzidetto misfatto. Chiese procedersi secondo le regole di rito *innanzi alla gran-corte criminale*; e questa per decisione de'3 di ottobre del medesimo anno dichiarò in legittimo stato di accusa *Giovanni Cresci* e *Felice Contenta*, ed ordinò che per tal misfatto si procedesse per l' appunto *innanzi alla gran-corte criminale* 2). »

4. « L' anzidetta decisione fu notificata agli accusati nel dì 8 di ottobre del 1834; nè fu seguita da ricorso per annullamento per parte del pubblico-ministero o degli accusati. Nondimeno si fecero nuovi atti d' instruzione, che portarono la scoverta

1) Art. 137 l. org. nap.—Art. 148 l. org. sic.—Art. 434 pr. penale.

2) L'art. 426 pr. pen. rende competenti le gran corti speciali ne' misfatti compresi nelle sezioni I e II, capitolo I, titolo V, libro II delle ll. penali. Nella detta sez. II è per l'appunto l'art. 275 che punisce col secondo al terzo grado di ferri *chiunque falsifichi le ordinanze della tesoreria generale*, o *i mandati de' magistrati* o *degli ufiziali pubblici che han dritto di tirare* o *far tirare pagamenti dalla cassa di ammortizzazione o da qualunque officina di pubblico danaro*.

di altri mandati falsi. Quindi il pubblico-ministero in data de'25 di aprile del 1836 spiegò nuovo atto di accusa che comprendea pur gli altri misfatti, chiedendo del pari che si procedesse *innanzi alla gran-corte criminale*. E la gran-corte per decisione de' 7 maggio 1836 pronunziò uniformemente alle conclusioni del ministero-pubblico, come avea fatto nella decisione del dì 3 di ottobre 1834. Tal decisione fu notificata il dì 16 maggio 1836; e nemmeno contro di essa si produsse ricorso».

5. « Senza altra novità di fatto, nove giorni dopo, a' 25 dell' indicato mese di maggio, il pubblico-ministero osservò, che dir *corte criminale* non specificava il rito; che quella che si dice *corte speciale*, non è che *corte criminale*, con l'aggiunta di due altri giudici, procedente però con rito speciale 1); che indubitatamente i misfatti de' quali venivano accusati i suddetti *Cresci* e *Contenta*, in forza dell'articolo 426 delle leggi di pr. penale, menavano alla competenza con le regole di rito *innanzi alla gran-corte speciale;* e che la incompetenza per ragion di materia, per l'art. 157 delle stesse leggi, possa opporsi anche dal pubblico-ministero in qualunque stato di causa: chiese dunque procedersi secondo le regole di rito *innanzi alla gran-corte speciale*. E la gran-corte per decisione de' 3 giugno del 1836, adottando i motivi del pubblico-ministero, ordinò, che circoscritti gli atti posteriori all'atto di accusa, cioè il doppio giudizio di sottoposizione all'accusa, si procedesse agli atti ulteriori. Questi atti ulteriori cominciarono con la decisione del dì 8 del medesimo giugno 1836, la quale dichiarò di nuovo i mentovati *Giovanni Cresci* e *Felice Contenta* in legittimo stato di accusa, ed ordinò che pei misfatti de'quali essi erano accusati, si procedesse *innanzi alla gran-corte speciale*.—Contro queste due ultime decisioni del 3 e dell' 8 giugno si è ricorso per annullamento per parte di *Giovanni Cresci*.»

6. « Udito il rapporto : — Inteso il proc. gen. del Re cav. gran-croce Letizia, il quale ha chiesto l' annullamento delle decisioni impugnate. — La corte suprema di giustizia, ec. ec. — *Considerando*, che tutti i prodotti motivi sono diretti allo scopo medesimo, a quello cioè, di negare alla gran-corte la facoltà di spiegare la *competenza speciale* nella causa di cui si tratta, dopo aver dichiarata la ordinaria criminale per mezzo di due decisioni, non impugnate ne' termini e rimaste salde nell' interesse del pubblico accusatore e degli accusati. »

7. « *Considerando*, che la corte giudicatrice nel pronunziare le due decisioni sottoposte a censura, partì dal principio di dritto, di potersi cioè opporre la incompetenza per ragion di materia in ogni stato di causa ; e da quello di fatto, cioè a dire di trattarsi nella specie di tale incompetenza : per lo che lo scioglimento del problema dipende dal fissare i principii ed i limiti della incompetenza per ragion di materia. »

8. « *Considerando*, che innanzi tratto fa mestieri por mente al dritto positivo per la definizione che ne dà la legge all'art. 486 leggi di pr. penale: *È incompetenza per ragion di materia*; I, se *un giudice di polizia pronunziasse sopra delitti* o *misfatti ;* II, se *un giudice correzionale pronunziasse in materia di misfatti;* III, se *un giudice di eccezione pronunziasse sopra reati ordinarii* ; IV, se *un giudice non rivestito di potere punitivo*, *pronunziasse sopra reati di qualunque specie*, *eccettuato il caso preveduto nell' art. 347* 2). »

9. « *Considerando*, che dalle regole enunciate emanano spontanei i principii legali che seguono : »

« I. La incompetenza per ragion di materia consiste essenzialmente nella mancanza di poteri nel giudice che s' impadronisce di una quistione non appartenente alla sfera delle sue attribuzioni, e compresa in quella di altro giudice nella linea ordinaria delle giurisdizioni. »

« II. Di qui il principio, che il giudice ordinario penale non manca di poteri, ove pronunzii sopra reati, distaccati quasi momentaneamente dalle sue ordinarie attribuzioni per motivi di alta economia di giustizia, e commessi ad un giudice di eccezione. »

« III. Da questa regola diviene age-

1) Art. 139 n. 5 proc. penale.

2) Cioè pei reati commessi all' udienza di un collegio giudiziario. — V. *sopra* il § 2 del num. XXIII, pag. 880.

vole la intelligenza del terzo comma del trascritto art. 486, cioè: *È incompetenza per ragione di materia, se un giudice di eccezione pronunziasse sopra reati ordinarii.* Dalla regola medesima s' intende il motivo, perchè la legge non ha dichiarato incompetenza per ragion di materia l' *inversa* della disposizione or ora trascritta, vale a dire, *se un giudice ordinario pronunziasse sopra reati di eccezione* 1) ».

IV. « Quindi la regola inconcussa di non cadere un tribunale civile nel vizio d' incompetenza per ragion di materia, ove *pronunzii* sopra quistioni della sfera de' tribunali di commercio; tribunali questi di eccezione, e quello tribunale ordinario 2). »

V. « Nè può cader dubbio sull'applicazione della regola enunciata tra una gran-corte criminale ed un tribunale di eccezione, qual'è appunto una gran-corte speciale 3). »

10. « *Considerando*, che le due decisioni di sopra mentovate, le quali dichiararono nella specie l'ordinaria competenza, non impugnato ne' termini stabiliti dalla legge, *formano stato* nell'interesse del pubblico accusatore e degli accusati 4); e che perciò, ove esse fossero incorse in violazione di legge, potrebbero richiamare una censura nel solo interesso della legge, ma non mai sovvertire *diritti acquistati* 5) ».

11. « *Considerando* inoltre, che la dimanda del pubblico-ministero diretta alla competenza del tribunale di eccezione, non poggia sopra fatti scoverti e sviluppati dopo i primi atti di accusa 6); e che per conseguente, ravvisate le due impugnate decisioni sotto questo altro punto di veduta, cadono nella violazione degli articoli 178 e 305 delle citate leggi 7). »

12. « Per tali motivi — Annulla le decisioni rendute dalla gran-corte crimina-

1) Pare a me che la legge la dichiari anche tale, *quande vi sia richiamo a tempe di parle pubblica o privata*.

2) Purchè le parti non dimandine di essere inviate al giudice di occeziene prima di conchiudere all'udienza, o nell'atto di conchiudere nella causa.

3) Tutta la ferza del ragienamento sta nella parela *pronunziare*. *Pronunziare* è l' ultime atto della giurisdiziene. Se non è epposta la competeeza eccezionale prima della *pronunsiasione*, il magistrato ordinario pronunzia regolarmente. Ma che sarà se è epposta prima ch'ei pronunzii? La legge cegli art. 301 e 443 pr. pen. nen vuele che questa epposizione si pessa fare quando è cominciata la pubblica discussione, e questo divieto è pei soli misfatti speciali. Tal che se l'opposizione sia per reati militari, non pare dubbio che scoperte, anche nella discussione pubblica esser militare il misfatto che fe accusate come ordinario, la gran-corte criminale debba dichiararsi incompetente. Per le certi speciali la legge *quod voluit*, *scripsit*; *quod noluit, omisit;* e per esse sele espresse solo il caso d'una discussione pubblica cominciata.

4) Qui si ricorre al principie stanziato dall'art. 1305 delle ll. cc. relativo alla eccezione della cosa giudicata. Ma è da avvertire che la decisieee ultima non sarebbe fondata su' motivi medesimi delle prime, comecchè ad esse preesistenti; e questa è una delle quattro condizieni le quali si esigono cumulativamente per l'eccezione della cosa giudicata. È vero che giudicata una causa nel merito, non può questa restaurarsi per motivi di fatto nen considerati nè avvertiti, come che sieno al giudicato preesistenti. Ma dubito se ciò possa dirsi della competenza per ragion di materia, che di sea natura è relterabile per ogni circostaeza non avvertita nella prima dichiaraziene.

5) Potrebbe opporsi che nelle decisieni di competenza per ragion di materia, nen possone avvcrarsi *diritti acquistati*. Tal competenza è di erdine pubblico; e quindi è sempre rivocabile per ogni nueve fatto che si scuopra. Le eccezieni degli art. 301 e 433 sono tassative, nè pessono estendersi di caso a caso. — L' annullamente nell' interesso della legge può avvenire dopo la *pronunsiasiene*, e fuori de' casi degli art. 301 e 433, non qeande si è ancora nel case di correggere l'errore. Cesì una gran-corte nel corso della instruziene, ricenescendo che il fatto era correzienale, invece di dichiararsi incompetente, prenenziò *nen esservi luogo a procedimento penale*; proeunziazione definitiva, quando l'errore della competenza non era più emendabile nell'interesse delle parti; e perciò tal decisione fu annullata nel selo interesse della legge. Arresto del 9 luglie 1834, nella causa di *Donato Rocce*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

6) Questi fatti erano inerenti all'accusa; ma nen avvertiti ne' due primi giudizii di setteposizione all'accosa. Non è dubbio che la competenza potea rivocarsi depo nueva instruziene di prueve. Il dubbio è selo, se seeza nuova instruzioee delle pruove, e prima della pubblica discussiene, possa una gran-corte correggere un sue errore di competenza in ferza dell'art. 157 che glie lo permette *in egni stato di causa*, tranne i casi di espressa eccezione di legge. Il case in disputa nen è certamente fra i casi di eccezione degli art. 301 e 433. La giurisprudenza dunque fissata dalla certe seprema potrebbe trovare alcune che non parteggiasse per essa.

7) Nemmenu l'art. 178 risolve la quistiune, perchè è relativo espressamente all'art. 157, ove è detto: *l'incompetensa per ragion di materia può opporsi dal ministero-pubblico e dagl'imputati* IN QUALUNQUE STATE DELLA CAUSA. Nè quest'art. soggiunge affatto che nen può opporsi l'incompetenza, se la quistione sia stata pregiudicata da un oblio

le in Terra di lavoro in data de' 3 ed 8 di giugno del 1836; e rinvia la causa alla gran-corte criminale in Napoli ».

—

XXVI.

Se possa elevarsi conflitto tra una gran corte criminale ed un giudice correzionale posto nell'ambito della sua giurisdizione.

1. Signori 1), non è nuova la quistione di cui ci occupiamo. È stato sempre da questa corte suprema definito che il giudice correzionale può elevarsi in conflitto con la gran-corte criminale, quando questa procede, non come corte di appello correzionale, ma colle sue ordinarie facoltà di giudice de'misfatti 2). Si è riprodotta la quistione nella causa di cui ci occupiamo.

2. Un consiglio di guerra si è dichiarato incompetente per un reato di furto commesso da un soldato, ed ha rinviata la causa alla gran-corte criminale. Tal rinvio non ha alcun valore nella quistione se il reato sia ordinario criminale, o ordinario correzionale: il giudice correzionale non può elevarsi in conflitto co' consigli di guerra: s'egli crede che la causa ch'ei giudica sia militare, dee passar le carte al procurator generale presso la gran-corte; e così s'egli si oppone alla incompetenza spiegata da un consiglio di guerra, dee sospendere il suo procedimento, ma il conflitto negativo non può attuarsi che per mezzo del procurator generale 3). Il rinvio dunque del consiglio di guerra alla gran-corte criminale, accettato da lei, esclude definitivamente la competenza militare 4); ma rimane intatta la quistione se la causa sia criminale o correzionale.

3. Di fatti alla gran-corte criminale parve quel furto senza le qualità che potevano renderlo misfatto: si dichiarò incompetente; e rinviò la causa al giudice correzionale. Ma questo dalla instruzione delle pruove vide nel furto le qualità della violenza armata e del luogo. Si dichiarò dunque incompetente, e tornò ad inviare il processo alla gran-corte. Poteva ei farlo?

4. La giurisdizione de'delitti è data ai giudici regii dalla legge (a). Essi sono obbligati di uffizio a spodestarsene, quando l'avvenimento ha impronta di misfatto 5). E questa disamina dee farsi da essi *ex animi sui sententia*, non con la coscienza del giudice de'misfatti. Sotto l'aspetto della rispettiva competenza ordinaria, più grave è la giurisdizione della gran-corte, meno grave quella del giudice regio; ma stretta ne' suoi confini è la prima, come stretta ne'suoi confini è la seconda; e l'una e l'altra autorità è obbligata a non trascenderli affatto.

5. Quando il giudice correzionale riceve norme dalla gran-corte come dal suo giudice di appello, allora non è dato a lui di violarle; perciocchè soggetto alla sua corte di appello per ragion di gerarchia, non può insorgere contro il suo superiore in quella stessa causa la cui sentenza può per appello venir modificata. Ciò avviene nella esecuzione delle sentenze riformate in appello. Ma nel fissare la giurisdizione ordinaria, tanto può la gran-corte, quanto ogni altro giudice competente per ragion di materia, benchè di un ordine inferiore 6). È vero che l'art. 493

precedente. Le sole eccezioni sono negli art. 301 e 433. — Lo stesso può dirsi dell'art. 305 che qui si cita.

1) Nella causa di *Salvatore Masco*, 2 ottobre 1837, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

2) Suppl. alla collezione delle leggi, *serie crim.*, n. 142.

3) Suppl. alla collez. delle ll. n. 43.

4) Art. 493 pr. pen.

(a) *Oggi ai detti giudici fino a tre mesi di carcere, di esilio o di confino, e lire 300 di multa, ed ai tribunali per li delitti soggetti a pene più gravi, eccetto quelli preveduti dall'art. 9 cod. pr. penale e tutti i reati di stampa (art. 11 pr. pen.).*

5) Art. 486 pr. pen. — Alcuni reati son puniti con latitudine tale ad arbitrio del giudice, che nella scala delle pene vi è per il minimo la pena correzionale, e per il massimo la criminale. La giurisdizione allora è del giudice de' misfatti, o sia di chi può imporre la pena più forte; tal che se poi nella pubblica discussione svanisca ogni circostanza che può portare a pena criminale, egli allora potrà nel giudizio definitivo far uso della facoltà accordatagli dall' art. 200 pr. penale. Arresto del 23 agosto 1839, nella causa di *Raffaele Fiore*, DE LUCA, comm., NICOLINI m. p.

6) Abbiamo trovato talvolta che hanno errato entrambi; e così il giudice correzionale cui per

parla solo di più gran-corti criminali, o d'una gran-corte ed un consiglio di guerra; ma per parità di ragione debb' esser lo stesso tra una gran-corte, ed un giudice correzionale.

6. Credo io dunque che il conflitto sia stato ben elevato; e poichè evidente è l'esistenza delle qualità aggravanti nel furto, dimando che questo conflitto negativo si risolva per la giurisdizione criminale 1).

XXVII.

Della competenza de' reati militari.

Sezione I.

Stabilimento de' principii.

1. La più necessaria, e perciò la più antica eccezione alla giurisdizione ordinaria è la militare. Ma il militare, nel tempo stesso che ha i doveri particolarmente proprii alla milizia, ha i doveri comuni ad ogni cittadino. Quindi *militum delicta aut propria sunt, aut cum caeteris communia: proprium militum est delictum*

errore la gran-corte ha rimesso il giudizio di un misfatto, vi ha applicata una pena correzionale; sentenza passata in giudicato senza ricorso del ministero pubblico. Allora la corte suprema ha annullata nell' interesse della legge, ma la sentenza è rimasta inconcussa ne' suoi effetti legali. Arresto del 6 marzo 1839, nella causa di *Giuseppe Cibelli*, De Luca comm., Nicolini m. p. — Non dee tacersi che non mancano esempii di tali annullamenti nell'interesse della legge, in cause di competenza per ragion di materia, i quali si son fatti valere nell'interesse delle parti; ma questa fu aberrazione di un mese. Arresto del 1 giugno 1827 nella causa di *Bartolomeo di Lucia*; del 15 giugno dello stesso anno nella causa di *Filippo Bonafuccia*; del 20 dello stesso mese ed anno nella causa di *Antonio Cortese* e *Giuseppe Cecere*. Grave è il vizio d'incompetenza; ma quando alcuno è già definitivamente giudicato da autorità rivestita di poter punitivo e siasi solamente commesso l'errore ne' gradi della giurisdizione, a quai mali peggiori non porterebbe la violazione della cosa giudicata? V. il n. XX di queste *Quistioni* pag. 240 — Si è andato talvolta all'estremo opposto; e prima del giudizio definitivo, quando ogni errore è tuttavia riparabile, si è creduto che la decisione di competenza potesse rescindersi nell'interesse della legge, e non nell'interesse delle parti. V. il n. XXV, pag. 885. V. il n. XL, pag. 474.

1) Così venne deciso. — Vi è d' accordo, oltre del n. 142 del *Suppl. alla collez. delle ll.*, anche l'arresto del 27 gennaio 1836 nella causa di *Aniello di Domenico*, De Luca comm., Nicolini m. p.

Intorno alla competenza per ragion di materia si sono pubblicate da noi altre quistioni assai importanti nel detto *Suppl. alla collez. delle ll.* Giova riferirne le risoluzioni.

I. Quando pende in corte suprema la discussione della competenza di alcun collegio a giudicare nel merito, non sono interdetti ad esso gli atti di polizia giudiziaria, come non sono interdetti agli ufiziali che ne dipendono, particolarmente se possano disperdersi le pruove. D. *Suppl.* n. 13 e 23.

II. Le leggi di competenza e di procedura s'impossessano delle cause, ancorchè pendenti, nello stato in cui queste sono. Gli atti precedenti son validi, perchè fatti sotto l'impero d'una legge che li autorizzava. *N.* 39, c. 7 e 14. — *N.* 89, c. 5.

III. Il giudice della eccezione è sempre quello dell'azione. *N.* 79, c. 6. — *N.* 82, 83, 121, 123, 124.

IV. Ne' conflitti che si elevano di ufizio tra due corti o tribunali, non è necessario che il reo sia presente. *N.* 90.

V. Non può alcun reo opporre l'eccezione d'incompetenza, se non sia legalmente presente in giudizio. *N.* 90 e 91.

VI. Le decisioni di competenza per essere motivate in fatto, non debbono contenere analisi di pruove: estimar queste è del giudice che spiega la competenza o se ne spoglia: la competenza è ben motivata quando si enuncia la qualità dell'accusa, ed il fatto che estimato dal giudice competente, può portare alla tal pena che il renda misfatto o delitto o contravvenzione. *N.* 121, c. 3. — *N.* 123, c. 5.

VII. La dichiarazione definitiva della natura del reato, ha effetto retroattivo fino al momento in cui il reato fu commesso. Una competenza diversa spiegata precedentemente non ne sostiene gli atti se non pel principio, che è legale sempre la competenza spiegata in ipotesi nel corso del giudizio. Quando il fatto è irrevocabilmente fissato col giudizio definitivo, l'ipotesi cede alla verità legale, ma non si viziano perciò gli atti precedenti. *Suppl.* n. 88, c. 6. — *N.* 89, c. 3. — V. il n. XV, pag. 290 di queste *Quistioni*.

VIII. Se la dichiarazione di competenza speciale fu fatta mentre alcuno degli autori principali o dei complici era assente, è nullità ove poi renduti costoro presenti, si notifichi ad essi la decisione fatta per altri. La decisione dee rinnovarsi intiera nella loro causa: altrimenti sarebbe *res inter alios acta*. *N.* 133.

IX. Cominciato il dibattimento in corte ordinaria, qualunque sia la circostanza di fatto che svi-

quod quis uti miles admittit 1). Noi abbiamo ampiamente trattata questa materia nel *Supplimento alla collezione delle leggi*, e nella nostra *Procedura penale* 2). Ne ordineremo qui semplicemente le massime, sostenute da nuovi arresti della corte suprema.

2. I giureconsulti romani, maestri di ogni legislazione, considerarono la competenza militare, qual eccezione *per ragion di materia* alla giurisdizione ordinaria 3). La somma de'suoi principii è di sua natura quella di tutti i doveri militari: *star negli ordini e ubbidire* 4). Or è di essenza del militar servizio che la violazione de' suoi ordini e della militar disciplina si reprima incontanente dagli stessi comandanti sul campo. Quindi la giurisdizione n'è essenzialmente del duce supremo, il quale può delegarla ove deleghi parte del comando. Chè per esercitarla non è mestieri d'altro che di rettitudine di cuore, e di conoscenza de'militari doveri: saper questi e professarli, è lo stesso che sapere la forza intima e l'estensione (*vim et potestatem*) delle leggi penali militari, onde ben applicarle. Ma ciò non si avvera che quando la giurisdizione militare è ristretta ne'suoi naturali confini. Così solo ella può essere sufficiente, avvertendoci Tacito, *militaribus ingeniis subtilitatem deesse, quia castrensis iurisdictio, secura et obtusior ac plura manu agens, calliditatem fori non exercet* 5). Ov'ella, trasmodando, esca dal perimetro delle tende e del vallo, non è più giustizia dalla universal coscienza consentita, ma odiosa violenza 6).

3. Fino a tanto che gli eserciti non furono permanenti, finiva la giurisdizione militare col militare servizio. *Cincinnato* dopo la vittoria tornava all'aratro, ed ogni soldato alla sua famiglia. Ma renduti gli eserciti permanenti, convenne che permanenti fossero anche i tribunali militari nei quartieri, nelle piazze forti e ne' campi. Finalmente corrotti i principii governativi, ed introdotte le milizie straniere a sostenerne la violenza, fu d'uopo allettarle con privilegi di corpo; e noi vediamo fin da'tempi di *Domiziano*, che la giurisdizione militare, da eccezione *per ragion di materia*, divenne eccezione *per ragion di persona*;

miles ne vallum litiget extra
Et procul a signis 7).

Ogni causa penale di persona militare era decisa da tribunal militare. Così avvenne che se i militari erano trattati pei reati militari con qualche severità, in compenso i loro soprusi e tutti i reati comuni erano rivolti a titoli di bravura e di superiorità dell' ordine militare su tutti gli altri ordini dello stato. Ciò rendeva la competenza militare un funesto privilegio di favore e quasi d'impunità ne'reati comuni 8).

4. Questo disordine crebbe quando nel medio evo mancò la unità delle mire nelle varie parti dello stato, e convenne riunirne la forza con l' interesse di privilegi personali. Quindi fra noi vedemmo este-

luppatasi in quello, possa dar luogo alla competenza speciale, questa non può più dichiararsi, e l'accusato sarà definitivamente giudicato in corte ordinaria. Ma ciò non impedisce che se la circostanza aggravi la pena, questa siagli applicata. *N.* 122 e 134. — È oggi espressa disposizione di legge. V. il n. XXIV § 1, pag. 884 — Se però la circostanza speciale si avverta prima che si apra la discussione pubblica, niuna legge vieta che la incompetenza possa correggersi. V. le note al n. XXV, pag. 885.

1) L. 2, D. XLIX, 16, *De re militari*. — V. il *Suppl. alla collez. delle ll.* serie crim. n. 90 e segg.

2) Parte prima, § 74 e segg., § 521 a 528, § 654 a 682; parte II. § 547, 619, 621, 624; e parte III, § 25, 27, 28, 276, 496, 802 ad 818, 1036, 1140, 1304.

3) Cosa s'intenda per *materia*, v. nella *Proc. pen.*, I. 201, 351, 370, 579, 647, III, 71, 433, 434, 456, 579, 664, 763.

4) *Suppl. alla collez. delle ll.* n. 92, § 9. — *Pr. penale*, I, § 657.

5) Tac. *Agr.* c. 9. — Questi principii sono stati sviluppati nella nostra *Pr. pen.* I, § 657 e segg.

6) Floro osserva che lo sdegno maggiore dei *Cherusci* contro di *Varo* e delle tre legioni, era perchè egli contro di essi per ogni specie di accusa *in castris ius dicebat, et ibi togas, et saeviora armis iura viderant*. E però, disfatto che l'ebbero (*Pr. pen.* II, 170), la loro crudeltà, *insultatione barbarorum intollerabilior*, si sfogò principalmente contro chi aveva avuto parte in sì fatti giudizii, benchè con ufizio di avvocato: *aliis oculos, aliis manus amputabant: unius os sutum, recisa prius lingua, quam in manu tenens barbarus: Tandem inquit, vipera, sibilare desiste*. Florus, *Rerum romanarum*, IV, 12.

7) Giovenale, sat. XVI, v. 16. — Ivi si fa la più viva dipintura delle superchierie militari pei reati comuni, quando la giurisdizione se n' estende al di là de' suoi limiti.

8) Machiav. *Arte della guerra*, lib. 1.

sissimi i privilegi militari finanche nelle cause civili, le quali si decidevano da tribunali combinati di togati e militari, e dalla udienza di guerra che ne concentrava il potere nella capitale 1). E tosto che questi nostri tribunali militari ricevettero nel loro seno uomini del fòro, a'quali non poteva dirsi *subtilitatem desse*, essi per lo più, a maggiore impunità delle persone che componevano il loro piccolo regno, *calliditatem fori exercebant*. E come anche negli altri rami la qualità civile della persona, più che la materia, regolava la competenza, così ogni competenza eccezionale fu detta competenza *per ragion di persona*, e la frase, *competenza per ragion di persona* fu nel fòro più in uso dell' altra frase, *competenza eccezionale* 2).

5. Le nuove leggi facendo un dovere ad ogni suddito di essere all' uopo soldato, hanno ritirato gli ordini militari verso i loro principii; e come hanno abolito ogni competenza *per ragion di persona*, così sarebbe assai improprio usar oggi questa frase nella competenza militare. Che se nell'art. 485 pr. penale trascorse tal frase, essa non indica privilegio alcuno personale, ma unicamente eccezione alla competenza ordinaria, benchè questa eccezione oggi sia pure competenza *per ragion di materia*. Così è *per materia* la competenza amministrativa, la militare, quella delle gran-corti speciali, ed ogni altra che devia dalla competenza comune. Forse con maggior ragione la competenza comune dicesi *assoluta*, la eccezionale *relativa*. L' art. 485 paga un tributo al linguaggio improprio, introdotto prima nel fòro, quando *competenza per ragion di persona* significava qualche cosa. Oggi se talvolta la qualità della persona determina la competenza, la determina solamente quando il fatto riguarda più particolarmente lo scompaginamento dell' ordine cui la persona appartiene 3).

6. Questo principio fu con molta severità sostenuto da noi dal 1812 al 1819: ad ogni più piccola circostanza che di un fatto commesso da' militari, rendea la punizione più d'interesse generale dello stato, che d' interesse dell' ordine militare, o l' uno era eguale all' altro, la giurisdizione era sempre ordinaria. Poi nello *statuto penale militare*, pubblicato in gennaio 1819, s' introdusse qualche prevalenza della giurisdizion militare sulla ordinaria, la quale crebbe con decreti posteriori. Ma non si dismise mai il principio di esser sempre questa giurisdizione, benchè eccezionale, una competenza per ragion di materia.

7. Procedendo per tal modo alla raccapitolazione di tutte le quistioni altrove trattate da noi intorno alla competenza militare (§. 1), noi le distinguiamo in *tre categorie*, e le esponiamo qui come per massime. Coloro che fossero vaghi di vederne il ragionamento, possono consultare i luoghi a' quali li rimettiamo.

8. Regola generale: *Tutti, senza distinzione o privilegio di persona, sono sottoposti alle medesime giurisdizioni ed alle medesime forme di giudizii* 4). Se n' eccettuano il giudiziario amministrativo, e la cognizione de' reati militari. — L' essenza del servizio militare è tutta nell' osservanza degli ordini e particolarmente nella subordinazione assoluta e passiva a' cenni de' capi militari; ed in ciò consiste tutta la disciplina Or non si può, senza turbare o rallentare la disciplina, sottrarre da' capi militari la vigilanza su questi doveri, nè il giudizio delle violazioni di essi. Altronde la necessità costante della intima unione delle parti nei corpi militari, esige che nella scompaginazione di alcuna di esse, al più presto possibile se ne rimonti la macchina. Quindi la lentezza delle forme ordinarie non è compatibile colla repressione dei reati militari. Essi dunque di lor natura debbon essere giudicati da giurisdizioni militari e con forme più rapide 5). — Da ciò si deducono i seguenti corollarii:

I. Il tribunal militare è un tribunale di eccezione, restrittivo della libertà e delle forme civili de' giudizii 6).

II. Questa competenza di eccezione si

1) *Proced. penale*, l. 278, 298, 6 5.
2) *Proced. pen.* l, 279, 374, 375, 568, 575, 663.
3) *Proced. pen.* III, § 579. — V. il n. XXIII, § 3, pag. 880.
4) Art. 195 della l. org. nap.; e 225 della l. org. sic. — *Suppl. alla collez. delle ll.* n. 92, c. 5. — *Proc. pen.* l, § 372 e segg.
5) *Suppl. alla collez. delle ll.* n. 92, c. 9 ad 11. — Ibid. n. 110, c. 8.
6) *Suppl.* n. 110, cap. 11.

riduce da sè stessa a' più stretti rapporti che il fatto criminoso ha col rigore del servizio militare. Questi soli formano la sua *materia* 1).

III. La competenza militare dunque è una eccezione di severità, non di favore: suggerita da necessità civile, è dura, imperiosa, inflessibile, come la necessità nel più proprio suo senso 2).

IV. Per lo che non può invocarsi come un privilegio personale, nè come un diritto o una prerogativa di corpo o di ceto, ma riguarda puramente la materia del fatto criminoso commesso dal militare

V. Non può dunque estendersi a forza d' interpetrazione al di là degli stretti termini della legge, nè può riguardare che le persone attualmente sottoposte a'doveri della milizia 3).

Sezione II.

Delle persone militari 4).

9. I. Sono sottoposti a'doveri della milizia non solo i militari propriamente detti, coloro cioè che per dovere del proprio stato vivono abitualmente sotto le leggi ed i regolamenti militari e coloro che vi son chiamati momentaneamente pei bisogni dello stato, ma anche i pagani che o volontariamente o per ordine di legittima autorità servono a' bisogni dell' armata, facendone parte. Costoro son detti *attaccati all' armata*, ovvero *al di lei seguito* 5). Quando parliamo di *persone militari*, intendiamo propriamente i primi, e per analogia di doveri anche questi ultimi.—Sotto nome di *forza pubblica* intendiamo tanto la forza interna tutrice delle leggi ed esecutrice degli ordini de' magistrati, quanto quella ch' è per sua particolar destinazione, difenditrice dello stato e del trono dagli esterni nemici. L' aggiunto *militare* (*forza militare*, *servizio militare*) appartiene propriamente alla seconda classe 6).

II. E così, non perchè alcuno sia per qualche ragione individuo della forza pubblica, perciò è militare: sono militari soltanto coloro che con particolare disposizione di legge vengono sottoposti agli ordini ed alla disciplina militare.—Gli *urbani* dunque, i *guardacacce*, i *guardacoste* non sono militari 7).

III. I pagani all' incontro non sono attaccati all' armata o al di lei seguito che solamente quando fanno attualmente parte de' corpi militari in servizio 8).—Quindi un sindaco che nel comune da lui amministrato, e per ragione del suo uffizio tutto civile, eserciti momentaneamente le funzioni di commessario di guerra, non è militare, nè attaccato all' armata 9).— Il fornaio ed il libero venditore di pane in un forte è sempre pagano 10).—Pagani sono anche i domestici d' un ufiziale, i quali con di lui livrea e salario vanno e vengono a loro talento: essi nemmeno formano parte di un corpo militare in movimento 11)—E nelle armate di mare sono da distinguersi gli *equipaggi* di un vascello da' *domestici* degli ufiziali di marina: quelli e non questi sono al seguito ed attaccati all' armata 12).

Sezione III.

Condizioni che rendono militari i reati comuni.

10. Entrando ne'particolari rapporti che i fatti criminosi de' militari hanno cogli ordini e colla disciplina militare, la legge e la giurisprudenza han fissato le regole seguenti:

I. I militari sono e cittadini e difensori dello stato; sottoposti per ciò ed alle leggi

1) *Suppl.* n. 92, c. 10. — N. 110, c. 9 e segg.

2) *Discorsi sulla prima Deca di Livio*, lib. III, cap. 23, e *passim*. Perciò in una perigliosa spedizione di guerra, invocando Orazio la *Fortuna* dell' antica Roma, dice a questa dea adorata in Anzio,

Te semper anteit saeva necessitas;

e dipingendo siffatta *necessità*, le dà gli attributi più terribili di una giustizia pronta ed eccezionale. *Od.* 1, 35. — La spiegazione della voce *necessità*, nel proprio e stretto suo senso, è data al n. XXV, § 4 e segg. pag. 290 di queste *Quistioni*.

3) *Suppl.* n. 110, c. 10 ed 11.

4) *Proc. penale*, I, § 669

5) *Suppl. alla collez. delle ll.*, n. 92, cap. 13.— N. 110, c. 26.

6) V. la nostra *Pr. penale*, I, § 322.

7) *Suppl.* n. 109.

8) *Suppl.* n. 92, c. 12 e 13. — N. 110, cap. 25 e 26.

9) *Suppl.* n. 94.

10) *Suppl.* n, 108, e n. 110 c. 27.

11) *Suppl.* n. 110, c. 22 a 32.

12) *Suppl.* n. 110 c. 29.

comuni ad ogni cittadino, ed alle leggi e regolamenti particolari della classe cui appartengono.—Da ciò la distinzione de'loro reati in *puramente militari* e *comuni* 1). I primi acquistano carattere di reati per la sola circostanza che attaccano gli ordini militari ; di modo che i fatti che li costituiscono se fossero commessi fuori di questa circostanza non sarebbero imputabili, tranne se fossero anche reati comuni. I secondi sono sempre reati, e lo sono tanto pei militari, quanto per ogni altro suddito del Re o domiciliato nel regno 2).

II. Talvolta però i reati comuni commessi da' militari non hanno co'corpi militari che il solo lontano e indiretto rapporto della moralità o immoralità degl'individui che li compongono: allora feriscono più l'ordine pubblico che il militare. Talvolta poi in attaccare l'ordine pubblico, attaccano non meno direttamente gli ordini e la disciplina militare : in questo caso la scossa che il reato comunica ad una gran massa qual è lo stato, vi produco men sensibile danno e minori sollecitudini , che non ne risente il corpo militare il quale, appunto perchè più ristretto e con più rigida disciplina ordinato, ad ogni anello che se ne rallenta, va più facilmente a vacillare. Anzi allora l' interesse di ritirare al loro principio gli ordini violati è tanto maggiore ne' corpi militari , quanto un reato che viola e la lor disciplina particolare, e l'ordine pubblico da cui quella dipende, è più periglioso del reato che soltanto attacca la disciplina 3).

III. Avviene qualche volta che alcuni reati comuni, per la circostanza di esser commessi da' militari , acquistano un carattere sì grave, che fanno perdere in essi e quasi non considerare affatto il rapporto che hanno colla società presa in massa. Tali sono le vie di fatto nell' insubordinazione, tali certe specie di furti ec.ec.ec. In questi casi mal si direbbe che il reato è *comune*: di *comune* ve ne ha sì poco, e questo avrebbe per le leggi generali del regno sì lievi conseguenze, cho ricevono tutta la pena dal codice militare, e perciò possono dirsi puramento *militari* 4).

IV. Similmente vivissimo è l' *allarme* che si sparge nel corpo militare, e sommo debb' essere ne' suoi capi l'interesse di calcolarvi le circostanze del fatto ed i rapporti personali , quando i militari si offendono tra di loro; quando cioè le leggi di disciplina, intese a stringere l'unione e la fraternità fra i soldati, non sono valevoli a rendere ciascuno più difensore che superchiatore dell'altro. Quindi i misfatti de'militari contro i militari, in qualunque tempo o luogo si commettano , scuotono principalmente gli ordini e la disciplina militare 5).

V. Ma i gradi di sì fatto scuotimento e pericolo , e di vigilanza repressiva nei capi, non sono gli stessi in tutti i corpi dell' armata. Debbono quindi distinguersi i corpi la cui principale destinazione è la sicurezza esterna dello stato, da quelli principalmente deputati all' interna tranquillità. I primi non sono sotto altro comando nè sotto di altra influenza diretta fuor di quella de' capi militari; e se talvolta vengono occupati in commissioni giudiziarie o amministrative , lo sono colle regole e secondo le forme militari. I secondi in atto che vivono nella disciplina incardinati a' loro corpi militari e dipendono come gli altri da' capi militari , ne stanno ordinariamente staccati per servizio delle autorità civili. Tali sarebbero i

1) *Suppl*. n. 92 c. 5 e segg.
2) *Suppl*. n. 92, c. 9 e 10.
3) *Supp*. n. 92, c. 10 ed 11. — Ne' giudizii di falsa moneta, benchè il reato sia commesso da militari, è sempre competente la gran-corte speciale. Arresto dol 20 genn. 1836, nella causa di *Giuseppe Foretano*, Montone comm. , Nicolini m. p. — Ne' conflitti tra la giorisdizione di un reato comune e quella d'un reato militare, dee prevalere la militare, se il reato militare è maggiore. Arresto del 20 genn. 1834, nella causa di *Mariano Anuunziata* Montone comm., Nicolini m. p.
4) *Suppl*. n. 107 e 110.
5) *Suppl*. u. 92, c. 9, e n. 94. — Ma un militare il quale, ancorchè in servizio, ferisca per causa privata un privalo, è soggetto alla competenza ordinaria. Arresto del 3 ottobre 1832, nella causa di *Antonio Cioccola*, Celentano comm., Nicolini m. p. — La briga in una piazza d'armì per causa privata in qualche bettola , tra militari e pagani, ancorchè costoro sieno urbani, è pure di competenza ordinaria. Arreste del 31 luglio 1833, nella causa di *Giovanni Gallinari*, Montone comm., Nicolini m. p. — Molto più è tale ogni altro reato di militare non in servizio, commesso in persona non militare. Arresto del 17 novembre 1834 nella causa di *Domenico Spori*, Montone comm., Nicolini m. p.

gendarmi. Da ciò deriva che i reati così de' militari della prima classe, come di quelli della seconda, allor che attaccano i soli ordini militari, prendono per tutti egual carattere di reati militari. Non così nei reati comuni i quali, se si commettono da' primi in servizio e per causa di servizio, qualunque sia quello ch' essi prestano, ancorchè giudiziario ed amministrativo, son reputati di lor natura commessi in servizio militare; se si commettono da' secondi in atto d' incarico amministrativo o giudiziario, s' intendevano per la legge del 4 ag. 1812 e per lo stat. pen. mil. commessi in servizio civile, e perciò soggetti alla competenza ordinaria 1).

VI. Ma oggi la legislazione anche pei gendarmi è cangiata. Per lo che i gendarmi e gli urbani, quando son destinati egualmente a servizii civili, e delinquono per occasione, ma non per causa del servizio, vengono eguagliati dalla legge nella competenza ordinaria 2). Ma i reati in servizio e per causa di un servizio di polizia amministrativa o giudiziaria, commessi da' gendarmi, sono stati dalla legge del 29 marzo 1826 sottoposti alla giurisdizione militare; quelli degli urbani rimangono nella competenza ordinaria.

VII. Nondimeno se un gendarme insulta un pacifico cittadino, e poi va a munirsi di *placca*, e lo arresta per privata vendetta, è soggetto alla competenza ordinaria. La eccezione della competenza richiede cumulativamente l' attualità del servizio, e nel servizio la causa per commettere il reato 3). Il cangiamento di giurisdizione avvenuto per le ultime leggi ne' reati dei gendarmi, non si avvera che ove si avverino insieme queste due condizioni 4).

1) *Suppl. alla collez. delle ll.*, n. 92, c. 17.

2) *Suppl.* n. 103. — Se rubano dunque in una casa o tugurio, quando vi stanno eseguendo un mandato di arresto, o una perquisizione domiciliare, la competenza è ordinaria. Arresto del 10 agosto 1832, nella causa di *Filippo Larosa*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — Tale è sempre se in atto di queste esecuzioni giudiziarie o amministrative, percuotono e feriscono per antecedente stizza privata. Arresto del 20 agosto 1832, nella causa di *Saverio Granata*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — Il *servizio* dev'essere presente e reale, e non di presunzione; e perciò un gendarme ch' è sulla via, ovvero si porta in casa altrui dov'è stato pria di piantone a riscuotere la contribuzione fondiaria, perchè vi và di nuovo ad oggetto di farsi pagare le sue indennità, se vi commette delle violenze, dev'essere giudicato dal tribunale ordinario. Arresto dell' 11 febb. 1833, nella causa di *Giuseppe Melia*, Montone comm, Nicolini m. p., e del 13 d. mese ed anno, nella causa di *Giuseppe Longobardi*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Così pure è ordinario un reato commesso da un gendarmo per causa di alloggio. Arresto del 27 agosto 1838 nella causa di *Scipione Modano*, De Luca comm., Nicolini m. p.

3) Arresto del 23 agosto 1837, nella causa di *Giuseppe Rossi*, Montone comm., Nicolini m. p. — Un gendarmo che senza *placca* accorre ad una briga tra marito e moglie, ed invece di sedarla, uccide il marito, è soggetto alla competenza ordinaria. Arresto del 16 febbr. 1838 nella causa di *Salvatore Cicoria*, Montone comm., Nicolini m. p. — Un gendarme che in una visita domiciliare invola di casa qualche cosa, è pure soggetto alla giurisdizione ordinaria. Arresto del 6 febbr. 1839, nella causa del gendarme *Ferrara*, Montone comm., Nicolini m. p. — Reati son questi commessi nell'attualità del servizio, ma non per cagione di adempiere al servizio.

4) Il cangiamento della legislazione è spiegato nell'arresto seguente:

« *Giacinto Campagna* gendarme della brigata residente in Castel di Sangro, d'ordine del brigadiere *Pasquale Filesi*, si portò in Roccaraso per rinvenire una carabina ed un cappello smarriti dal gendarme *Dragone*. Egli, camin facendo, incontrò *Giuseppe Coppola*, il quale guidava un armento verso l' anzidetto comune di Castel di Sangro Glie ne fece dimanda; e questi rispose di aver veduto gl'indicati oggetti in mezzo a cespugli nel bosco di Roccaraso. A tale risposta il *Campagna* invitò il *Coppola* a guidarlo in quel sito, ove di fatto si rinvennero i mentovati oggetti: e tornato in Castel di Sangro, ingiungeva con autorità al pastore di seguirlo per presentarsi al brigadiere. Alla negativa, lo *ammanettò*, esclamando, ecco *il ladro che ha disarmato il gendarme*. E così percuotendolo, ora col cangiarro, ora con la carabina, lo menò alla presenza del brigadiere.

« Incolpato il gendarme di arresto arbitrario e di percosse, il suddetto consiglio di guerra di guarnigione, sul motivo di non concorrere nella specie gli estremi stabiliti per l'art. 62 dello statuto penale militare, per decisione del 13 gennaio 1840 dichiarò la sua incompetenza, e rimise gli atti al procurator generale presso la gran-corte criminale di Aquila. Questa all'incontro considerò che il reato apposto al gendarme *Campagna* era stato commesso *in servizio* e *per ragione di servizio;* e che per le disposizioni de' decreti del 29 marzo, 11 giugno ed 8 agosto 1826 modificative del citato art. 62 dello statuto penale militare, la competenza apparteneva all'anzidetto consiglio di guerra. Quindi per decisione del 5 febbraio 1840 dichiarò egualmente la sua incompetenza. — Di qui è surto conflitto giurisdizionale negativo. »

« La Corte suprema ec. ec.

« *Considerando* che per le disposizioni del real decreto del 29 marzo 1826, la giurisdizione del

VIII. Gli urbani non possono esser soggetti a giurisdizione militare che quando incorporati alla truppa, dipendono da un capo militare per militare servizio, nè sono soggetti a quella che fino a tanto ch' essi sono sotto l' impero degli ordini militari.

IX. Ma un urbano che p. e. è di fazione presso un ospedale civile, ancorchè in una città munita, ove però non sia sospesa l' amministrazione della giustizia civile, non è in un posto militare; e se delinque, è soggetto alla competenza ordinaria 1).

X. Talvolta è tanto generale ed instante la necessità della giurisdizione militare, che ne' casi di sommo pericolo, o per assalto di nemici esterni, o per interni rivolgimenti, ogni amministrazione civile ne' luoghi i più minacciati può essere sospesa, e tutto militarmente giudicato ed amministrato. *Silent leges inter arma.* Ma ne' tempi di pace, le leggi ripigliano il loro impero: *cedant arma togae.* Fortunatamente questo è lo stato ordinario; ed in questo la giurisdizione militare non è che una eccezione alla giurisdizione ordinaria pei reati i quali attaccano direttamente gli ordini e la disciplina militare. Ella s'impadronisce del giudizio e spiega tutta la sua forza principalmente per alcune circostanze di *luogo* e di *tempo*, quando cioè il reato è commesso o nei *luoghi militari*, o quasi in disprezzo di alcuni simboli di riunione e d' impero, come sono le *bandiere*, o tentando dissolvere il *corpo*, ove questo, informato da un solo spirito, sia *in attività di servizio* 2).

XI. Cominciando dai luoghi, fatto il più permanente ed il meno mutabile onde argomentarne l' *attività del servizio*, è dichiarato militare il reato comune commesso da'militari in un forte, in una guarnigione, in una piazza. — Non è *piazza* in senso militare ogni città qualunque in cui soggiorni o vada a stanziare un reggimento o un corpo militare; come non è *guarnigione* una truppa di passaggio o di alloggio. È *guarnigione* la forza militare destinata alla difesa o alla custodia di un forte o di una piazza. — Sulla intelligenza della parola *forte* non può cader dubbio. Ma la *piazza* dev' essere espressamente dichiarata tale dal Re, nè mai una città può dirsi *piazza* per fatto di un comandante militare. Definita tale dal Re, sia ella chiusa, sia ella aperta, rimane determinata o dalla circoscrizione fisica e topografica de' suoi limiti, o dalla estensione che il Re, nel dichiarare *piazza* un luogo, vi dà al comando militare. — *Limiti della piazza* dunque sono gli stessi che *limiti della guarnigione*; e questi indicano il territorio di una città o comune o paese posto espressamente sotto il comando militare. — In conseguenza di ciò una città ch' entri ne' limiti di un cordone militare per oggetto p. e. di peste, entra ne' limiti della guarnigione 3). — *Quartiere* è la stanza che in città è destinata al soggiorno de'corpi militari, e in generale è il luogo dove la milizia si tiene a svernare: *hibernae stationes.* Non è *quartiere* la casa privata ove il militare è ricevuto in alloggio 4). — E così, in ordine a' luoghi, altri sono essenzialmente *militari* per loro

tribunali militari fu anche estesa ai reati commessi da' gendarmi in servizio, benchè addetti ad un ramo qualunque di pubblica amministrazione, diverso dal ramo militare (art. 1) ».

« *Considerando* che per tali disposizioni venne modificato il n. 2 del predetto art. 62 dello statuto penale militare, come lo dimostra il decreto medesimo. »

« *Considerando* che non si pone in dubbio il servizio di cui era incaricato il gendarme *Campagna*, servizio invero appartenente a pubblico, non a privato interesse; e ch' egli eccedette ne' modi onde adempiere al suo ufizio, arrestando e battendo chi non dovea far altro che attestare al brigadiere il modo del rinvenimento di quegli oggetti militari; e che di qui è agevole conchiudere di spettare alla giurisdizione de' tribunali militari la conoscenza del reato di cui si tratta. »

« Veduto l'art. 497 della procedura penale. »

« Sciogliendo in linea di regolamento di giudici il conflitto giurisdizionale negativo, surto tra la gran-corte criminale in Aquila ed il consiglio di guerra di guarnigione in quella stessa provincia, ordina che nella causa di cui si tratta, proceda l'anzidetto consiglio di guerra. »

Fatto ec. — 23 marzo 1840. — Montone comm., Nicolini m. p.

1) Arresto del 30 nov. 1838, nella causa di *Pasquale Federico*, Montone comm., Nicolini m. p.

2) *Suppl. alla collez. delle ll.* n. 92 e 100. — *Proc. penale*, I, § 672, 675, ove si spiega la frase, *riunione sotto le bandiere.*

3) *Suppl.* n. 92, 96, 110. — *Proc. pen.* I, 674, 678, 680.

4) *Proc. pen.* I, § 673 e segg.

stabile destinazione; altri ricevono una *destinazione militare* a tempo; altri la ricevono più momentaneamente nel soggiorno, nel cammino, e quasi direi sotto i piedi de' *corpi militari*: tale è il *campo trincerato*, tale l'*accantonamento*, tale il terreno che successivamente si trascorre da una truppa *in marcia*; i suoi confini sono rappresentati dalla linea che intorno intorno toccherebbe i punti nei quali, per la sicurezza e disciplina dell' esercito, sono situate le sue estreme vedette. L' unità del corpo dipende dalla unità del comando attuale d'un capo presente; esso congiunge e fa continuo e militare il terreno, occupato dalla *vanguardia*, occupato dal *corpo* propriamente detto, occupato dalla *retroguardia*, e gli spazii intermedii, benchè tutto frastagliato e interrotto da terre abitate, da monti, da boschi, da fiumi.

XII. Per piazze poi, forti e guaruigioni degli uomini di mare non s' intendono che i vascelli, gli arsenali ed i porti ch' essi guardano 1). I misfatti comuni dunque commessi da costoro contro gli abitanti fuori di questi luoghi, son misfatti civili e non militari. Nè vale che gli uomini di mare sieno talvolta addetti alla guardia reale. Se allora prestano servizio di mare, sono soggetti alle regole di competenza della gente di mare. – Dal che deriva che la competenza militare dei misfatti comuni della forza marittima, quando la competenza si deriva dal *luogo*, è più ristretta di quella che riguarda la forza terrestre 2).

XIII. Altro argomento sensibile di *attualità di servizio*; e ben più efficace ed eloquente a' cuori militari, che nol sono i fossi di un campo e le mura merlate e le torri, è lo spiegarsi de'vessilli e delle bandiere: la legge dichiara militare ogni reato commesso da' militari *sotto le bandiere*. A questa frase però non dee darsi un senso troppo figurato ed astratto. *Bandiera*, militarmente parlando, indica qualunque segno sensibile di riunione e di fede, che richiami i militari a riunirsi in un punto sotto il comando di un capo per rimanervi fermi al suo cenno, o mettersi in movimento 3).

XIV. In terzo luogo è militare il reato commesso da'militari *nel proprio corpo*. Non è corpo militare solamente l' armata o il reggimento: è corpo militare qualunque unione di militari che attualmente serba gli ordini ed è sotto un comando militare. Essenza della disciplina militare, è che divisa e suddivisa una truppa, ritiene sempre nelle sue minime frazioni i suoi ordini e la sua natura; il gran corpo d'una armata si scinde in corpi minori, e questi in più piccioli, nè per cangiar di numero mai cangia di essenza: il corpo intero, benchè diminuito da malattie o da stragi, vive in membra men vaste per la stessa forza degli ordini suoi 4); divisa qua e là in più corpi, ciascuno di questi è in picciolo un'armata. Sono quindi nel proprio corpo anche i soldati che vanno in pattuglia 5).

XV. I militari in congedo o in riforma, ed i militari disponibili, come i militari isolati, non sono sotto le bandiere, nè in attualità di servizio—Sono disponibili i militari, benchè riuniti in un deposito generale, purchè non abbiano precisa destinazione di corpo o di comando 6) – Non è mai isolato chi, benchè solo, si aggiri ne'limiti della sua guarnigione, cioè presente all'impero militare cui ubbidisce 7).—Isolato è quel militare che o per fatto proprio o per ordine dei suoi superiori non è attualmente sotto le regole della disciplina militare, ma agisce separato dal corpo cui è incardinato, e dal comando cui sta sottoposto. Chi dunque si allontana dal proprio corpo anche per oggetti di servizio, sì che si esenta dal dovere di trovarsi presente all'appello, è isolato, come lo è il militare in alloggio in una città che non è piazza. – Isolato è il soldato che delinque in un'osteria o in qualunque luogo fuori de'limiti della sua guarnigione 8).

1) *Suppl. alla collez. delle ll.* n. 110.

2) *Suppl alla collez. delle ll.* d. n. 110.

3) *Suppl.* d. n. 92. — *Ove nella mischia sventolar vedete il mio bianco pennacchio, là è il maggiore sforzo de' nemici, là vi attendo alla gloria,* diceva Arrigo IV.

4) Duce incolumi mens omnibus una est:
Ille operum custos, illum admirantur, et omnes
Circumdant fremitu denso, stipantque frequentes;
Et saepe attollunt humeris, et corpora bello
Obiectant, pulchramque petunt per vulnera mortem.
Virg. Georg. IV, v. 212.

5) *Suppl.* d. n. 92, c. 14.

6) *Suppl.* n. 95.

7) *Suppl.* n. 110.

8) *Suppl.* n. 92, 93, 97, 98, 103, 105, 110.

XVI. Se indole del procedimento militare è che sia più spedito e più rapido del procedimento ordinario, gli art. 288 e 289 dello statuto pen. militare sono di stretto dritto: fuori de'casi quivi contemplati, non vi è innanzi all'*alta corte militare* luogo ad annullamento per mancanza di atti sostanziali, ancorchè secondo la procedura comune il caso fosse di nullità.

XVII. Anzi la mancanza assoluta della pruova del *corpo del delitto* mentovata nell'art. 289 debbe intendersi con quelle restrizioni come s'intende nella procedura comune; e *le circostanze scusanti addotte nel primo interrogatorio dell'imputato*, sono sempre sottoposte al criterio prudente del giudice instruttore, tal che non debbono rivolgersi ad inopportuno ritardo, ma solamente debbono essere rischiarate nel corso della instruzione *per quanto conducano ad accertare la verità*. Tale è la prescrizione dell'art. 109 della procedura ordinaria.

XVIII. Lo statuto pen. militare è di gennaio 1819 (a); la procedura comune fu pubblicata posteriormente. Le parole degli art. 288 e 290 dello statuto, *violazione delle forme* debbono intendersi secondo le intende la procedura comune, *forme espressamente prescritte dalla legge a pena di nullità*. Anzi ogni vizio di forma si sana col silenzio, nè si conserva il dritto a farne valere la nullità, che quando prima di passare all'atto immediatamente seguente, se ne interrompe la prescrizione con apposita protesta. Altrimenti la procedura militare sarebbe più intralciata e meno rapida della ordinaria, il che è contro la sua natura.

XIX. Ove dunque la procedura indicata nello statuto pen. militare è più sopraccarica di norme, che non l'è la procedura ordinaria, queste sono intese piuttosto a rendere più circospetti giudici che non professano la scienza delle leggi, che ad incepparne il procedimento. — Tali sono p. e. le moltiplici eccezioni de'testimoni negli art. 163 e segg. dello statuto pen. militare, delle quali non si fa parola nella procedura ordinaria. Tranne una nullità insanabile di procedimento, sarebbe lo stesso che trasformare una giurisdizione di rigore, in istrumento d'impunità e di derisione di ogni giustizia.

XX. I pagani complici ne'reati militari, del pari che i reati pagani connessi a'militari dopo il decreto del 29 marzo 1826, sono tolti alla giurisdizione ordinaria che prima ne giudicava 1); nuova, ed ove non sia ben intesa, assai pericolosa eccezione, la quale perciò non può mai avere interpetrazione estensiva.

XXI. I gendarmi per altra nuova disposizione della legge del 26 dicembre 1827, ne'reati commessi nell'attualità dell'esercizio delle loro funzioni e per cagione di esse, son oggi non solo giudicati da tribunali militari, ma coperti di garentia; tal che non possono essere menati in giudizio penale senza sovrana approvazione(b); altra eccezione che dee però strettissimamente interpetrarsi 2).

—

(a) *Il novello statuto penale militare fu pubblicato nel dì 1° ottobre 1859 nelle antiche provincie del Regno, ed esteso a noi nel dì 8 gennaio 1861.*

1) *Proc. penale*, I, § 680, 681, 682.

(b) *Oggi non è più riconosciuto la garentia, per le dette persone.*

2) *Proc. penale*, III, § 145. — Con arresto della corte suprema del 21 marzo 1836, nella causa di *Pietrantonio Ruscio*, MONTONE comm., NICOLINI m. p., si dichiarò di competenza ordinaria un reato commesso da gendarme in servizio, ma per motivo a sè particolare; e ciò senza bisogno di scioglimento dalla garentia, perchè questa è accordata per non menomare la energia della forza pubblica nella esecuzione delle leggi, e non già per rendere più libero lo sfogo alle private vendette. — La nostra legislazione fu un tempo molto ritrosa ad accordar garentia a' funzionarii pubblici colpevoli. V. la nostra *Pr. penale*, III, § 121, 131 e segg.

E principalmente dee aversi presente l'art. 5 della legge 19 ottobre 1818: *sotto nome di* REATI IN OFFICIO *sono* UNICAMENTE *compresi quei fatti che il funzionario commette, violando i doveri che dalle leggi* SONO STATI PARTICOLARMENTE ALLA SUA CARICA ANNESSI PER LA REGOLARE AMMINISTRAZIONE DEL PUBBLICO SERVIZIO ALLE SUE CURE AFFIDATO.

—

XXVIII e XXIX.

Competenza nel giudizio di più reati, commessi in giurisdizioni territoriali diverse.

SOMMARIO

XXVIII.

Comento dell' art. 495 pr. pen.

1. Signori 1), *Basilio Montefusco* è imputato di un misfatto soggetto per legge alla pena della reclusione, commesso nella provincia di Principato-ulteriore: è imputato pure di altro misfatto punibile di ferri, commesso in Principato-citeriore: nel Principato-ulteriore è stato arrestato. Le due gran-corti criminali sono fra di loro in conflitto negativo di giurisdizione. Quella di Principato-ulteriore crede competente l'altra per entrambi i misfatti, perchè in quest'altra provincia si è commesso il reato degno de'ferri, pena più grave della reclusione. La gran-corte di Principato-citeriore crede per l'opposto che il luogo dell'arresto (a) determini sempre la competenza. L'una e l'altra invocano l'art. 495 della procedura penale. Queste certamente non sono due corti che mettono la loro gloria nella estensione del potere: ciascuna cerca sgravarsi del tristo incarico di giudicare costui. Ma una di esse dee sopportarlo. Esaminiamo le ragioni di entrambe, onde giudicare che a questo dovere adempia quella cui lo impone la legge.

2. Tutta la quistione si riduce alla significazione della voce *competenza* della quale nel quarto § dell'art. 495 si fa uso.

1) Nella causa di *Basilio Montefusco*, all'udienza del 14 genoaio 1836, Montune comm., Nicolini m. p.

(a) *Secondo il novello codice di procedura penale: La competenza è determinata dal luogo del commesso reato, o da quello della dimora dell'imputato, o da quello dove ne sia seguito l'arresto; salve le eccezioni stabilite dalla legge (art. 14 cod. proc. pen.). — Il giudice del luogo del commesso reato è però preferito ad ogni altro giudice, si nell'istruire che nel giudicare. — Gli atti e le informazioni cui si fosse proceduto da altri giudici o da altri uffiziali di polizia giudiziaria, i corpi del reato, e l'imputato se fosse in arresto, saranno rimessi al giudice del luogo del commesso reato, quand'anche non sieno stati richiesti (art. 15). — Se il luogo del commesso reato non è conosciuto, il giudice del luogo dove seguì l'arresto sarà preferito a quello della dimora dell'imputato, salvochè quest'ultimo giudice avesse già rilasciato mandato di cattura o di comparizione (art. 16).*

Non è dubbio che l'*intitolazione* di quella parte delle ll. di procedura ove quest'art. è collocato, è *de'giudizii di competenza*, e che la voce vi è impiegata qual voce di genere, ma nel significato oggi il più ovvio, cioè in quello di giurisdizione o per ragione di territorio, o per ragione di materia, o per ragione di gerarchia. Ma se mai la natura della cosa non permettesse nell'art. 495 intendere la voce *competenza* per veruna specie di giurisdizione, sarebbe evidente che questo significato volgare non può esservi ammesso. Conviene allora rimontare ad altro che più convenga alla materia di cui vi si tratta, alla ragione per la quale vi si provvede, ed alla mente del legislatore 1).

3. Nell'art. 495 non si tratta d'altro che della giurisdizione territoriale. *Ogni imputato è soggetto alla giurisdizione del giudice nel cui territorio commette il reato*. È l'antico principio: *extra territorium ius dicenti impune non paretur* 2). Che sarà d'un imputato di più reati, de' quali l'uno appartenga ad una, e l'altro ad un altra giurisdizione territoriale?

4. Gli art. 158 e segg. della stessa proc. pen. fissano la massima di utilità pubblica, che un reo di più reati venga sottoposto al medesimo atto di accusa, e giudicato dietro una sola pubblica discussione. Questo motivo d'utilità diventa necessità, tosto che l'umanità del nostro dritto vuole che un reo non ancora giudicato, per quanti reati gli sieno addebitati, non soffra che la pena del reato maggiore, il che avvenir non può, quando per qualche accidente egli è soggetto a tanti giudizii, quanti sono i reati ch'egli ha commessi. Si aggiunge che se un reo non ancora giudicato sia colpevole di più reati, la sua reiterazione non può estimarsi, che in un solo e simultaneo giudizio. È necessario dunque che per tutte le reità, invece di farsi tanti giudizii, quante esse sono, se ne faccia un solo con la norma antica, che il reato maggiore trae a sè la cognizione del reato minore. Imperocchè conviene che un luogo contaminato peggio che un altro dal colpevole, sia in preferenza il teatro dell' esempio che dà la pubblicità del giudizio e la pena che per la reiterazione va al massimo.

5. Nondimeno come i misfatti di competenza speciale (a) sono soggetti a procedura più rapida e più severa, perchè attaccano più direttamente l' ordine pubblico, così dalla regola or esposta lo stesso art. 495 sottrae i misfatti speciali. Benchè la pena di un reato ordinario sia maggiore di quella di un reato speciale, il giudice territoriale di questo tira a sè la giurisdizione di ogni altro reato commesso altrove dalla medesima persona. E sempre il luogo ove si suscitò più d' allarme e di scandalo, o per la gravezza intrinseca del reato, o per le sue circostanze speciali, è quello in cui dee celebrarsi il giudizio.

6. Così ne' due casi, o di regola (§ 4), o di eccezione (§ 5), è indifferente il luogo ove cada arrestato il colpevole: non dee guardarsi che la gravezza maggiore o minore del reato in rapporto alla pena che può essere giudicata sulla sua accusa, ovvero alla qualità speciale dell'uno o dell'altro reato, argomento certo che questo, benchè minore per pena, attacca più da vicino e nelle sue fondamenta l' ordine pubblico: l' arresto del reo è un accidente che in niuno de'due casi cangia la natura del reato da cui è originata la competenza. Ma che sarà se i due reati, commessi in due diverse giurisdizioni territoriali, abbiano entrambi pena pari per legge, ed entrambi appartengano o alla competenza ordinaria, o alla speciale? Ecco la dimanda che rettamente ragionando, unica rimane dopo quei casi: l'indole del subbietto di cui qui si tratta, la suscita Si è parlato di reato *maggiore* o *minore* di un altro (§ 4): si è parlato di uno di competenza speciale mentre l'altro è di competenza ordinaria (§ 5): non resta a parlare che de' reati di peso *eguale*, e di *egual* competenza per ragion di materia.

7. Dato che un solo, anche in questo caso, debba essere il giudizio, se niun

1) *Semper id sequimur quod actum est. ex affectione capit interpretationem*. L. 34 e 168 *De reg. iuris*. — *Interpretatio illa sumenda est, quae convenit subiectae materiae*. MENOCH. cons. 179, n. 14. — *Interpretatio secundum eam causam fieri debet, ob quam dispositio facta est et verbo prolata sunt. Interpretatio sumenda quae recto sermoni convenit; et reiiciendo quae repugnat*. MENOCH. cons. 463, n. 14.

2) L. 20, D. 11, 1, *De iurisdictione*.

(a) *Abbiamo già detto che oggi non sono più riconosciute le Corti speciali, nè per lo statuto del*

de' reati è di competenza speciale, o entrambi lo sieno, e tutti soggetti ad egual pena, i primi tre §§ dell'art. non risolverebbero la quistione. Per risolverla non possiamo in tal caso prender norma dalle qualità intrinseche del fatto: lo stesso è il peso de' due reati, e la giurisdizione per ragion di materia. Convien dunque ricorrere a circostanze accidentali. Tra queste la più sensibile e la più influente è il luogo dell'arresto. Esso già determina la giurisdizione ad interrogare il reo e ad instruire le pruove che il suo arresto accompagnano 1). Ma così pure la legge impone che il luogo dell'arresto, nel caso di uguaglianza delle qualità intrinseche di più reati, determini la giurisdizione a giudicarne.

8. Se non che l'art. 495 fa qui uso delle seguenti parole: *Nel caso di più reati commessi in diverse giurisdizioni, e che* PORTANO ALLA STESSA COMPETENZA, *il giudice del luogo nel cui territorio l'imputato è stato arrestato, procederà per tutti i reati*. La parola *competenza* è interpellata dalla gran-corte di Principato-citeriore come se dicesse *giurisdizione per ragion di materia* (§ 2). Se dunque (ella dice) i due reati di questo imputato sono per ragion di materia egualmente della giurisdizione criminale ordinaria, quella di *Principato-ulteriore*, ov' egli è stato arrestato, dee giudicar di entrambi nel merito.

9. Ma l'arresto de' rei è sempre necessario al giudizio. Due gran-corti, ciascuna pel reato commesso nella sua provincia, possono spedire contro il reo medesimo due mandati di arresto; ma l'arresto è un atto unico e di tempo e di luogo: chi è arrestato in Avellino, non può certo esserlo nel tempo stesso in Salerno. Intanto fino a che il reo non è arrestato, non si è mai in istato di giudizio terminativo: può esservi instruzione, può esservi spedizione di mandato, può esservi giudizio contumaciale; ma cognizione vera; ma esecuzione di pena, *quod extremum in iurisdictione est* 2), non si dà nelle cose penali, se non se sul reo già in istato di arresto. Per lo che a giudicare il reo di due reati ineguali per la pena fra di loro, ei dev'essere arrestato, del pari che debb'esserlo, se le sue accuse sieno di egual peso. Quando nel primo caso, qual è il caso che or si propone, dovesse decidersi secondo il luogo dell'arresto, la prima regola (§ 4) sarebbe vana; imperocchè reati commessi in giurisdizioni territoriali diverse, pur che sieno della stessa competenza per ragion di materia, sarebbero sempre giudicati dall'autorità del luogo dell'arresto. A che dunque si sarebbe occupata la legge del confronto fra il reato maggiore ed il minore? O maggiore, o minore, o eguale che sia l'uno in riguardo all'altro, la sola cosa ch' ci dovrebbe vedere è se sieno tutti della stessa *competenza per ragion di materia*. Superflua dunque sarebbe la distinzione tratta dalla ineguaglianza della pena: il luogo dell'arresto deciderebbe ogni conflitto.

10. Or non vi ha interpetrazione più fallace di quella che rende superflua una disposizione espressa di legge; e non solo fallace, ma ridevole è se ciò avvenga nel medesimo suo contesto 3). Qui sarebbe vana una parte intera dello stesso art. Chiaro adunque a me sembra che le parole, *reati che portano alla stessa competenza*, non sieno qui implegate che in opposizione alle antecedenti, *reati de' quali uno è maggiore, l'altro minore*; cioè a dire nel senso di *reati che portano alla stessa pena*. Quando de' due reati l'uno è maggiore, e l'altro è minore, qualunque sia il luogo dell'arresto, il giudice del reato maggiore trae a sè la cognizione del minore: quando essi sono eguali per la pena, il luogo dell'arresto, che per la natura stessa della cosa non può essere mai altro che un solo (§ 9), determinerà la prevalenza delle giurisdizioni.

11. Nè è nuovo nel dritto che *competenza* si usi in luogo di *pena*. *Competenza* non è che corrispondenza, congruità: è quasi *petere simul*, *convenire*. *Ubi viae competunt*, disse VARRONE nel censo delle vie che s'incontrano 4): *initium*

Regno possono crearsi tribunali straordinarii.

1) Art. 50, 52, 101, 102 pr. penale.

2) L. un. § 1, D. II, 3, *Si quis ius dicenti non obtemperaverit.*

3) *Interpretatio facienda et superfluitas evitetur. — Interpretatio praefertur per quam supervacanea vitantur.* MENOCH. Cons. 329, n. 8.

4) VARR. *De lingua lat.* V, 3.

cum exitu competit, disse TACITO, per significare PETRARCA.

Al principio risponde il fine e il mezzo 1): *personae rebus competentes*, disse APULEIO 2): *ratio ethymologiae cum sententia vocabuli competens*, disse A. GELLIO 3): *quatenus stillicidii rigor et tignorum protectus competebat*, disse SCEVOLA 4). Quindi *competens poena* nella l. 3, C. XII, 62, *de lucris advocatorum*; e PAOLO nella l. 16, D. XXII, 5, *de testibus: qui falso vel variae testimonia dixerunt .... a iudicibus competenter puniuntur*. Nelle quali leggi ognun vede che le parole *competente*, *competentemente*, sono impiegate non nel senso giurisdizionale, ma nel senso di *pena giusta*, di *pena legittima*, di *pena corrispondente al reato*. Il primo rapporto di convenienza o sia di *competenza* del reato è quello della pena che merita; il secondo è della giurisdizione per ragione di materia e di territorio; il terzo è delle forme del giudizio. Quindi *pena competente*, *giudice competente*, *procedura competente*. La voce dunque *competenza*, trascorsa in una legge, non appena che può ricevere diverse significazioni, dev' essere spiegata, come ogni voce legale, *ex eo quod actum* 5), *ex eo quod aptius rei gerendae sit* 6), *ex prioribus* 7), *ex mente seu sententia legis* 8); e sopra tutto debb'esserla in modo, che niuna delle disposizioni di quella legge rimanga inefficace, e ciascuna *sit in tuto*, *et magis valeat quam pereat* 9).

12. Or sarebbe una disposizione senza effetto e già *perita* sul nascere, quella che attribuisce la giurisdizione sul reato minore al giudice territoriale del reato maggiore, se ella dovesse unicamente regolarsi dal luogo dell'arrestamento del reo: a ciò sarebbe stato sufficiente il disposto del § quarto, il quale, giusta l'avviso della gran-corte di Principato-citeriore, abbraccerebbe l'eguaglianza e l'ineguaglianza della pena. *Non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem* 10). Questa gran-corte ha seguito le parole della legge secondo un solo lor senso, ma non ha guardato l' altro che corrisponde alla di lei volontà. E poteva esser mai nella volontà della legge che il giudizio di un misfatto gravissimo degno dell'ultimo supplizio, e perciò di pronto e pubblico esempio sul luogo stesso ov' è stato commesso, sia trasportato da Teramo p. e. a Reggio, sol perchè in Reggio per un misfatto lievissimo n'è stato arrestato il colpevole? E perchè mai la legge subordina in ogni caso al giudice territoriale di un misfatto ordinario il giudice territoriale di un misfatto speciale? Solo perchè il misfatto speciale, quello cui compete una procedura più spedita, non che una esecuzione di pena non mai sospesa da ricorso, esige più pronto esempio sul luogo dove è stato commesso. E dove la competenza non è speciale, toglieremo noi la forza dell'esempio sul luogo, alla punizione del misfatto più grave, sol per una parola che

1) TAC. *Hist.* II, 50. — PETR. I, son. 59.
2) APUL. *Florid.* n. 16.
3) GELL. *Noctes acticae*, XIX, 13.
4) L. 41, § 1, D. VIII, 2, *De serv. praed. urb.*
5) L. 21, D. XXXIV, 5, *De rebus dubiis.*
6) L. 34, *De reg. iuris.* — Così nell' art. 337 pr. penale si dice che la decisione di annullamento nell'interesse della legge tra venti giorni notificata al *condannato* con l'avvertimento di dover dichiarare s'ei voglia profittarne. Or s'immagini che l'annullamento riguardi non un *condannato*, ma un liberato dal giudizio per amnistia, e che la corte suprema abbia annullato nell'interesse della legge, perchè nel fatto non trova caratteri di reato: l'imputato, benchè *non condannato*, può profittarne onde rendere migliore la sua condizione. Qui dunque la voce *condannato* ha una significazione più ampia di quella che suona per la parola. Arresto del 12 nov. 1834, nella causa di *Domenico Felicetti*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p. — E del pari nell' art. 312 la parola *condannato* è usata nel senso, non solo di chi ha già ricevuto una condanna, ma di qualunque imputato che poteva essere condannato. V. II n. V, § 8, pag. 500 di queste *Quistioni*.
7) L. 26 e 27 D. I, 3, *De legibus.*
8) L. 2, § 2, D. XLI, 4, *Pro emptore*, et passim. — Così nello statuto pei forzati all' art. 54 si fa uso della frase, *sarà giudicato dal giudice ordinario del nuovo reato*, e ciò nel caso che questo nuovo reato del forzato sia *delitto* o *contravvenzione* secondo le leggi comuni. Ma la pena che vi dà l'art. 2 non è correzionale, nè di polizia. Dunque non è il giudice correzionale (cioè a dire il *giudice ordinario* de' delitti), ma è la gran-corte criminale il *giudice ordinario* in quel caso. Arresto del 13 marzo 1840, nella causa di *Regiacorte* e *Porreca*, LONGOBARDI comm., NICOLINI m. p. .
9) L. 12 e 22, D. XXXIV, 5, *De rebus dubiis.* — Regole d'interpetrazione son queste che si leggono nelle leggi così antiche che nuove, benchè si trovino pure in ogni logica, sia d'ARISTOTILE, sia di LOCKE, sia di GENOVESI.
10) L. 5, C. I, 14, *De legibus et constitut.*

vuolsi intendere contro la ragion della legge?

13. Son dunque di avviso che il conflitto tra la gran-corte di Principato-citeriore e quella di Principato-ulteriore debba essere risoluto per la giurisdizione di Principato-citeriore, ove fu commesso da *Basilio Montefusco* il misfatto più grave 1).

XXIX.

Evasione dal luogo di pena in una provincia, altro reato ed arresto in un'altra. — Art. 479 pr. pen.

1. Signori, un condannato a'ferri evase dal ponte della Maddalena, nella giurisdizione della gran corte crim. di Napoli. È stato arrestato in provincia di Basilicata nella flagranza di un reato correzionale. La gran-corte di Napoli ne crede il giudizio di sua competenza, perchè l'evasione dal bagno è misfatto, punibile di accrescimento della pena residuale de'ferri, mentre il nuovo reato è delitto. Il ministero-pubblico si oppone, credendo violato l'art. 479 pr. pen. ch'è una eccezione alla regola dell'art. 495; ed ha prodotto ricorso avverso questa dichiarazione di competenza della sua gran-corte. Io credo che il ricorso sia sostenuto dalla legge 2).

2. L'art. 479 è collocato sotto il titolo; *del giudizio de'condannati fuggiti e nuovamente arrestati.* Questo titolo è distinto in quattro art. Il primo indica la forma del giudizio di evasione: esso si fa sulla semplice ricognizione della persona. Non vi è dunque bisogno d'indagini per testimoni, nè di lunga discussione pubblica tra costoro ed i rei.

3. Il secondo art. ed il terzo parlano

1) Così venne deciso. — Le controversie di confini delle giurisdizioni territoriali son decise dalle autorità amministrative. Ma se la giustizia penale non può attenderne la decisione, quella che nel mentre della controversia previene l'altra è competente. Arresti del 9 nov. 1834 nella causa di *Gaetano Silvestri*, e dell'8 genn. 1835 nella causa di *Pietro Bianco*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.— Sul dritto di prevenzione, v. il n. V, pag. 39 di queste *Quistioni* Nell'ultima *nota* al § 58 di quel n. V, sono con maggiori particolarità indicati questi due arresti. — Due reati puniti dalla legge dello stesso grado e qualità di pena, sebbene l'un d'essi esiga per la reiterazione il massimo del grado, pure non cessano di essere uguali; e per conseguente se sieno commessi in diverse giurisdizioni territoriali, dee procedere per l'uno e per l'altro il giudice del luogo ove l'imputato è stato arrestato. Così venne deciso dalla corte suprema nella causa di *Carlo Leone*, 7 settembre 1832, CELENTANO comm., NICOLINI m. p. — È avvenuto che un imputato di misfatto commesso in una provincia, sia stato in questa dopo qualche tempo arrestato; ma quivi la gran-corte dietro l'interrogatorio, chiarito meglio il fatto, per mancansa di pruove, mise provvisoriamente il reo in libertà. Or egli era imputato di un secondo misfatto, punibile di egual pena in altra provincia. Chi doveva esserne il giudice? A me parve che fino a tanto che il reo era in libertà, non più si verificava per lui la condizione di trovarsi *arrestato;* e perciò la giurisdizione del primo giudice territoriale non poteva estendersi, nel caso che si proponeva, ad altra provincia. Ansi come potea verificarsi che quel reo per lo secondo reato fosse arrestato nella provincia stessa ove lo aveva commesso, queslo giudice era nel dritto di restaurare con novelle pruove il primo giudisio e trovatele sufficienti. pronunziare definitivamente e del primo e del secondo reato: ne' reati di ugual peso, ciascun giudice procede separatamente (*quisque secundum iurisdictionem suam*) sino all'arresto effettivo dell'imputato. Ma la corte suprema con lieve maggioranza (5 sopra 4) decise che il giudico del luogo ove il reo era stato già liberato, si era *virtualmente* e per forza di legge, impadronito della giurisdizione sull'altro misfatto, benchè da lei ignorato. Arresto del 23 settembre 1839, nella causa di *Francesco Trinchera*, MONTONE comm., NICOLINI m. p. Confesso che tal teoria non cape nel mio breve intelletto. Il giudice territoriale ha, secondo ch'io penso, la vera ed esclusiva giurisdisione dei reati, nè può esserne privato che per espressa disposizione di legge. Ma alcuni propendono ad allargare la giurisdizione de' giudici fuori territorio. Ne abbiano veduto l'esempio nel n. III, pag. 799.

Nel *Supplimento alla coll. delle ll.*, n. 139, cap. 14 e segg. si è guardato un altro caso di competenza territoriale. Ne' reati che si ripetono e si consumano per fatti successivi, se è incerto il luogo e l'epoca de' primi fatti che li constituiscono, è competente il giudice del territorio ove si consuma quella parte del fatto criminoso, il cui luogo e tempo è con certezza determinato. Così se incerto è il tempo ed il luogo dove si è commessa una falsità, è competente il gindico del territorio ove della falsità si è fatto uso, quantunque de' due reati successivi, *falsità* ed *uso*, la falsità sia il reato maggiore.

2) Queste conclusioni furono da me pronunziate nella causa di *Gen. Concilio*, 22 febb. 1836, MONTONE comm.

—

della competenza, secondo che il reo era condannato, o per misfatto, o per delitto, o per contravvenzione. Il quarto, ch' è l'art. 479, fa l'ipotesi che il condannato, nell'atto della evasione o dopo, siasi renduto *colpevole di altro reato*. In questo caso, *il giudizio della evasione si cumulerà col giudizio del nuovo reato, e verrà fatto dalla gran-corte speciale della provincia ove il nuovo reato è stato commesso*.

4. Or nelle tre fasi di questo art., *colpevole di altro reato*, *giudizio del nuovo reato*, *provincia ove il nuovo reato è stato commesso*, crede la gran corte criminale di Napoli che la parola *reato* non sia usata come voce di genere, ma come voce equivalente alla più grave delle tre sue specie, cioè a *misfatto*; tal che nel caso in quistione, ove il nuovo reato è un *delitto*, l'art. 479 non sia applicabile. Così ricorre alla regola dell'art. 495 che la cognizione del reato maggiore trae a se la cognizione del minore.

5. So non esser raro che *verba legis plerumque aliud habeant intellectum, et mens legislatoris aliud velit* 1). Ma qui nè la parola della legge, nè la mente del legislatore, nè la cosa di cui si tratta, permettono l'arbitrio a cui trascorre la gran-corte in interpetrare l'articolo. Basta osservare che nell'art. precedente si parla e di *misfatti* e di *delitti* e di *contravvenzioni*. Se dunque immediatamente si fa uso della voce *reato*, nome di genere che tutte e tre queste specie comprende, non poteva certo essersi obliata la distinzione fondamentale di ogni giurisdizione e d'ogni procedura penale, impiegando impropriamente la voce del genere per una sola delle allor allora indicate insieme, specie di reati. E l' aver ripetuto in quest' articolo 479 non meno che tre volte la stessa voce *reato* (§ 3), rende più forte il pensiero che si dispiega, non pei soli misfatti, ma per tutte, quante esse sono, le tre maniere di violazione delle leggi penali.

6. Nè si può alla gran-corte menar buono l' argomento ch'ella trae dagli art. 158 a 162 della procedura penale, quasi che in essi, ove si parla di *misfatti*, cioè della *specie*, la legge voglia intendere il *genere*, cioè *ogni reato*. Da ciò mal conchiude e *contrario*, che nell' art. 479 può bene nella voce generica *reato* chiudersi la sola idea della *specie*, cioè de' soli misfatti. Vi è per fermo un rapporto tra que' due art. e l' art. 479, perchè in quelli si parla della utilità di trattare nel medesimo giudizio tutt' i reati alla medesima persona addebitati, e non per rapporto di pure voci, secondo ne ragiona la gran-corte.

7. Si guardi di fatti il principio che quegli articoli sviluppano pei giudizii criminali, in confronto a ciò che altri articoli spiegano pei giudizii correzionali e di polizia; e si vedrà che nell' art. 355 è detto che il giudice correzionale, quando può procedere ad instruzione scritta, dee farlo *secondo le regole fissate per la instruzione delle pruove*, il che rende comuni a' tre ordini di giustizia penale le forme instruttorie: gli art. 369 e 372 rendono comuni alla giustizia correzionale tutte le norme della discussione pubblica e della compilazione delle sentenze: l'articolo 410 le rende comuni anche a'giudizii di polizia. Fra questi art. comuni ai tre ordini di giustizia penale è l'art. 285 che parla di *più misfatti* sottoposti al medesimo giudizio. Applicandosi questo a'giudizii correzionali, la stessa regola fa riguardar *più delitti*, e ne' giudizii di polizia *più contravvenzioni*. Gl'art. 85, 87 ed 88 delle ll. penali mostrano pure come nel giudizio medesimo può sorgere la reiterazione di *più delitti* e di *più contravvenzioni*. Se dunque nel cap. *della sottoposizione all' accusa*, tanto l' articolo 158, quanto l' art. 159 parlano di più misfatti i quali, quando tutte le instruzioni che li riguardano, sieno in istato di esser giudicate, debbono tutti nello stesso giudizio definirsi, lo stesso dee dirsi di più delitti o di più contravvenzioni. Non è dunque che la parola *misfatto* in que' due articoli sia impiegata come voce di genere: ciò non può supporsi ove si parla unicamente del giudizio de' misfatti: bensì *par ratio iuris*, e la disposizione espressa che, ove tace la legge, rende comuni a' giudizii minori le forme de' maggiori, trasportano a' giudizii correzionali e di polizia questi art. di procedura scritti per l' alto criminale. Essi

1) L. 23, § 2, XXVII, 1, *De excusationibus*.

di rado sono applicabili ove si agisca per instanza privata, perchè non sempre tutte le citazioni e le instruzioni vi son pronte nel medesimo tempo; e perciò non vi si avvera la condizione de' due art. 158 e 159, *che esse sieno in istato di essere sottoposte al medesimo giudizio*: ma nei molti giudizii correzionali i quali si promuovono ad istanza del pubblico-ministero, nulla vieta il riunire in una le citazioni per più delitti e per più contravvenzioni.

8. Lo stesso è da dirsi de'due art. 160 e 161 che parlano di *misfatti connessi*. Non è che quivi s'intendano pure *delitti connessi*, e *contravvenzioni connesse*: l'oggetto del cap. ove quei due art. sono collocati, è l'accusa ed il giudizio dei misfatti. Ma la ragion della legge, e l'intelligenza costante data a sì fatti art.. ne trasportano le regole anche al medesimo atto di accusa de'*delitti* o delle *contravvenzioni* connesse a' *misfatti*; tanto più che l'art. 300 dà alle gran-corti criminali la facoltà di giudicare e *delitti* e *contravvenzioni* risultati dalla pubblica discussione instituita per qualche misfatto. Le regole di discussione, comuni a' giudizii criminali, correzionali e di polizia, rendono comune anche a questi la definizione de' *misfatti connessi* e delle forme dei loro giudizii.

9. Gli art. 162 e segg. riguardano il principio massimo di dritto, che niuno può essere menato nuovamente in giudizio per misfatto già giudicato. *Par ratio iuris*, perchè nella compilazione della sentenza sono comuni alla giustizia emendatrice, come all' ammonitrice, le regole della giustizia esemplare, fa sì che questo principio sia pure ad esse comune.

10. Non è dunque vero che la legge faccia uso talvolta della voce, *misfatto*, per dinotare il genere, *reato*, e che così può intendersi *misfatto* ov' ella dice *reato*. Ciò, travolgendo il senso proprio della voce, autorizzerebbe un arbitrio troppo funesto alla giustizia. So che in legge si usa spesso la voce del genere per dinotar la specie, ma quando è evidente la relazione della voce del genere alla specie già indicata. Nell' art. 479, la voce, tre volte ripetuta (§ 3 e 4)) vi è ripetuta in modo, non relativo, ma assoluto. Bensì si parla del giudizio simultaneo di misfatti e delitti addebitati allo stesso reo, il che non potrebbe avvenire, se per gli altri art. posteriori non fossero renduti generali a tutti e tre gli ordini della giustizia penale gli art. 158 e segg. della procedura.

11. Che se vogliamo profondar l' intelletto nella ragione della legge, ella è chiarita dal primo art. di questo tit. *del giudizio de' condannati fuggiti e nuovamente arrestati*. Il giudizio di evasione ha qui forme semplicissime (§ 2); ma quello degli altri reati può ben essere assai complicato, mettendo in movimento documenti, esprimenti di fatto, perizie, testimoni e pruove d' ogni maniera. Tutto ciò rende difficili ed incomode le indagini fuori provincia, e penosa oltre modo in altro territorio la pubblica discussione. Le leggi penali debbono provvedere alla pubblica sicurezza, ma non perciò dare a' giudici la potestà di vessare i cittadini pacifici, per farli trasmigrare fuori del luogo nativo e del centro di loro affari, senza necessità cui sia impossibile trovar modo e rimedio 1). Conveniva dunque ritenere la giurisdizione nella provincia ove si è commesso il nuovo reato, e cumularvi quello della evasione, il quale, ovunque sia stato commesso, è di sua natura meno imbarazzante e più speditivo.

12. Adunque l'art. 495 ripete l' antica regola: ogni reo è soggetto alla giurisdizione territoriale dove ha commesso il reato. La prima eccezione, suggerita dalla combinazione di questa coll' altra regola, che un reo di più reati, ne sia giudicato in un solo e medesimo giudizio (§ 6 e 7), è che il reo di più reati commessi in diverse giurisdizioni territoriali, sia giudicato da quella ov' egli ha commesso il reato più grave; e che se i suoi reati portano alla stessa pena, ei sia giudicato in quella ov' è stato arrestato. La quale eccezione ha poi due distinzioni. La prima è se uno de'reati addebitati allo stesso reo e commessi in diverse giurisdizioni, sia di competenza speciale: la speciale allora tira a sè la competenza degli altri. La seconda è questa dell' art. 479, se uno de' reati sia l' evasione di un con-

1) L. 1, § 1, D. XXII, 5, *De testibus*.

—

dannato; nel qual caso, benchè il giudizio rimanga di competenza della gran-corte speciale, pure l' utilità sopra mentovata (§ *preced.*) ha fatto introdurre la cumulazione del giudizio de' due reati nella provincia ove si è commesso il secondo, ad onta che questo nè sia speciale, nè porti a pena maggiore, anzi sia semplicemente un delitto. In questi due casi, si riuniscono del pari nello stesso atto di accusa tutti i reati commessi dallo stesso imputato; e nel secondo, il giudice che ha giurisdizione territoriale sopra i reati che esigono testimoni e documenti, procede per tutti con rito speciale. *In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est* 1). Il singolare di quest' ultima specie non è già, che la competenza assoluta per ragion di materia sul reato di maggior pericolo, rimanga assorbita nella competenza del minore; perciocchè qui pure la speciale tira a sè l' ordinaria: la sola competenza per ragion di territorio è quella ch' è vinta; ed il misfatto e il delitto sono, nella provincia ove fu commesso il delitto, giudicati entrambi, ma con rito speciale.

13. Per queste ragioni io conchiudo, che si accolga nella causa presente il ricorso del pubblico ministero, si annulli la decisione della gran-corte di Napoli, e *per regolamento di giudici* si rimetta definitivamente la causa alla gran-corte di Basilicata, giurisdizione ove il reo ha commesso l' ultimo reato, e dove è stato arrestato 2).

XXX e XXXI.

Se ne' giudizii di competenza, dietro ricorso di parte, possa la corte suprema pronunziare in linea di regolamento di giudici.

SOMMARIO

Conclusione (N. XXX). — *Comento dell'art.* 497 *pr. penale.*

I. Stato della quistione, § 1 e 2.

II. La doglianza di difetto di pruova, del pari che l'eccezione la quale riguarda il merito della causa, non possono accogliersi come motivi di ricorso avverso la decisione di sottoposizione ad accusa e di competenza, § 3.

III. Art. 427 pr. pen., la cui ipotesi è di un reo di misfatto speciale, complice di altro misfatto di rito ordinario: egli è giudicato per l'uno e per l'altro dalla gran-corte speciale: i rei del solo misfatto ordinario, vanno al giudice ordinario, § 4 e 5.

IV. Se una gran-corte nel caso sopra indicato sottopone co' primi rei anche i secondi alla stessa competenza speciale, la corte suprema dovrà forse annullare e rinviare, ovvero regolare il giudice? § 6.

V. Non dee certo rinviare tutta la causa, perchè il procedimento speciale conviene a' primi rei, § 7. — Dovrebbe in forza del rescritto del 20 giugno 1818, annullare e rinviare la seconda parte della decisione pei soli rei che doveano essere giudicati, non dal giudice di eccezione, ma dall'ordinario, § 8.

VI. Storia di questa parte della legislazione.— Art. 118 della l. organica, § 9. — Niuna differenza ne' poteri della corte suprema tra quistione di competenza per ricorso, e di competenza per conflitto, § 10 ed 11. — Perchè il rescritto del 20 giugno 1818 vi stabilì immediatamente dopo tal legge una differenza nelle facoltà della corte suprema? § 12.

VII. Tal differenza non poteva essere che temporanea, § 13. — Pubblicate appena le leggi di procedura, caddo il rescritto per l'art. 497, § 14 e 15. — Perchè nè il rescritto, nè questa parte dell'art. 118 della legge organica napolitana vennero ripetuti nella legge organica di Sicilia? § 16.

VIII. Quel che il legislatore volle abolito, lo espresse nella legge organica siciliana, § 17.

IX. Il rescritto del 29 ottobre 1834 non riguarda la quistione presente, § 17.

X. Principii della competenza territoriale e della speditezza del giudizio, i quali favoriscono la massima che ne' giudizii di competenza la corte suprema dee regolare il giudice, § 18.

1) L. 80, D. *De reg. iuris.*

2) Così venne deciso. — Ed anche nelle cause correzionali, in forza dell'art. 497 pr. penale, annullata una sentenza per vizio d'incompetenza, si regolava il giudice senza rinvio. Arresto nella causa di *Lorenzo Sorrentino*, 1 agosto 1832, Di Giovanni comm., Brancia m. p. — Anzi in un conflitto tra la gran-corte criminale di Terra di lavoro che si dichiarava qual *corte speciale* competente nella causa, ed un consiglio di guerra che dichiarava la causa di *competenza militare*, la corte suprema non ammise l'uno nè l'altro assunto, e per regolamento di giudici inviò la causa alla *corte ordinaria* di Terra di lavoro. Arresto del 2 luglio 1834, nella causa di *Giuseppe Giura*, Montone comm. Nicolini m. p. — Ma l'art. 497 ha sofferto in seguito non lieve innovazione, come vedremo qui appresso nel n. XXXI.

XI. Uno dev' essere l' atto di accusa pei rei speciali e pei rei non speciali ne' reati connessi, benchè separati ne sieno i giudizii, § 19 a 21.
XII. Conchiusione, § 22.
Reale rescritto (N. XXXI). — *Non approva il sistema tenuto dalla corte suprema ne' giudizii di competenza a ricorso di parte, e lo cangia.*
I. Se l'art. 497 proc. pen. dia facoltà alla corte suprema di regolare il giudice in materia di competenza per ricorso di parte, § 1 a 3.
II. Poteri della corte suprema a' termini della prima parte dell'art. 118 della l. org., § 4.
III. Ragionamento perchè non possa uscire da questi poteri nell'ipotesi figurata dalla seconda parte del d. art. 118, § 5.
IV. Ragionamento tolto da altri art. di legge, § 6 a 9.
V. Dispositiva del rescritto, § 10.

XXX.

Comento dell' art. 497 pr. pen.

1. Signori 1), misfatti atrocissimi, inauditi aggiramenti d' insidie, ci svela l'accusa della quale ci occupiamo. Una donna, nata in condizione ove non è persuasore di mali il bisogno; congiunta per nozze ad uomo, cui l' indole malvagia, la carica di capourbano ed una cieca mal collocata fidanza davano, anche al di là de' suoi dintorni, un impero illegale e funesto; conscia e forse instigatrice di lui ne' soprusi e nelle calunnie, per le quali entrambi delle sostanze altrui arricchivano: accortasi omai ch' egli andava troppo addentro altre più segrete sue pratiche ricercando, non senza minaccia di vendicare il contaminato suo talamo; questa donna, per timore di ciò, di notte, nella stessa casa coniugale, in sua presenza, lo fa uccidere da' satelliti di lui, fra i quali il più avventato ed audace era l' adultero. E inverecconda ipocrita, non sì tosto gli assassini il finirono, cominciò a gridare e chiamar gente in soccorso, e poi riempiè di falsi gemiti e di grida la provincia tutta ed i ministeri di stato; e sì menò sue arti, che fece credere ignoti gli omicidi, ma certamente per rea vendetta spediti fin dentro al suo albergo da coloro che il marito, usando dell' ufizio, avea perseguitati. Quindi deviate le indagini dalla traccia vera dell' omicidio, lo espiarono in prigione parecchi innocenti; ed ella più insolente per la impunità, ne trasse incentivo a scellerati fatti peggiori. Perduta fra quei suoi sicarii in tresche e bagordi, dalle stanze macchiate ancora del sangue del marito, li spediva qua e là ad assaltare sulle strade pubbliche e rubare i viandanti. Tra le prede n' ebbe più fedi di credito; carte inutili, s' ella non sapea ridurle in moneta. Andò dunque con mentito nome in Salerno, e soscrivendo con questo le carte sul banco de' mercadanti a' quali si era rivolta, le diede in prezzo degli oggetti comprati. Se non che all' uscire da una bottega, fu veduta e salutata da un *Francesco Quercia*, già suo domestico, il quale nel tempo stesso riveriva il mercadante; sì che costui ben avvertì esser ella cognita a lui. Ed ella se ne accorse, e temette poter essere per questa via scoperta agevolmente nel vero suo nome e suo stato. Lo attirò dunque alla sua patria e in sua casa; e quivi assai carezzevolmente ricevutolo, dopo la cena, sullo stesso letto ospitale, in braccio a securo sonno, il fè da' suoi *a colpi di scure* trucidare, e ridotto in pezzi il cadavere, sotto una catasta di legno nel vicino orto riporre; misfatto ultimo che fece traboccar la bilancia, e scosse al fine la troppo assopita giustizia. Imperciocchè, indice una cagna dell'insanguinato nascondiglio, questo venne il dì seguente palesato; la voce se ne sparse; accorse il regio giudice, e per le vestigia mal cancellate del sangue fu guidato al luogo della strage: la donna ed i socii vennero arrestati. Allora le querele de' mercadanti, che trovato da' dirubati denunziato al banco l' involamento delle fedi di credito, andavano ricercando l'autore di quel fatale saluto, onde conoscere il soggiorno e le qualità di colei che le carte già impedite avea lor consegnate, la notizia d' essere costui sparito, e poi in quella casa sì miseramente ucciso; le

1) Nella causa di *Gabriella del Colle, Pellegrino Russo* ed altri, all' udienza de' 12 dicembre 1834, Montone comm., Nicolini m. p.

firme che riconosciute esser di mano della donna, mostravano com' ella avea sè stessa falsificata in un' altra; gl' interrogatorii de' rei; le libere testimonianze de' domestici e de' vicini, cui fino a quel punto avea chiuso le labbra il timore; e finalmente lo svolgimento delle sue calunnie ne' giudizii intentati contro altri per la uccisione del marito, manifestarono tutta e chiarirono la serie orribile di oltre a sei anni di continuati misfatti. I rèi tutti ne sono stati sottoposti all'accusa con la formola indistinta, *perchè si proceda contro di essi innanzi alla gran-corte speciale*.

2. Non d'altro che del loro ricorso avverso tal dichiarazione di legittimo stato di accusa, noi dobbiamo occuparci. Sarebbe desiderabile per onore dell' umanità, che pruove sì gravi, nella loro solenne discussione, si risolvessero in fallaci apparenze. Nè voi, nè io, educati a lungo uso di esperienza forense, saremmo nuovi a sì fatta trasformazione. Ma ciò non può renderci accorti di altro, che di farci discutere con calma, *sine ira, sine studio*, i motivi del ricorso. L' unico oggetto di esso è di esaminare se i fatti così esposti menino alla competenza che si è spiegata 1). Ma questi fatti noi dobbiamo ritenere in ipotesi: i giudici del merito, quando ne sieno competenti, vedranno poi nel giudizio definitivo la loro veracità, e n' estimeranno il legame. A noi non lice dipartirci dallo stato in cui ci si presenta la causa.

3. Per la qual cosa assai vano, anzi irricevibile mi sembra il primo motivo. Esso ci menerebbe fuori del cerchio delle nostre facoltà nel giudizio di accusa in cui versiamo. Si cerca di opporre altri fatti a' fatti rilevati dalla gran-corte, attenuar di questi le pruove, e suggerirne altra estimazione; cose cui guardar non possiamo. I fatti della causa per noi, non posson essere che quelli esposti nella decisione della gran-corte: ella li trae dall' atto di accusa, e li fa suoi; e ben poteva farlo: ogni altro fatto, comecchè risulti dal processo, non ci riguarda; sì che in questa specie di giudizii, non il processo, ma la sola decisione di accusa ci è inviata per legge 2).

4. Il secondo motivo parmi degno della vostra attenzione. Il misfatto commesso da tre o più persone, delle quali almeno due sieno portatori di armi proprie, è misfatto accompagnato da violenza pubblica, e perciò soggetto alla gran-corte speciale. Tale sarebbe nella causa il coniugicidio premeditato; tali i furti in strada pubblica con sequestro di persona: la falsità in carte di banco mena pure alla competenza medesima. Ma l' omicidio premeditato in persona di *Quercia* fu commesso *a colpi di scure*, arme del tutto impropria 3); e la stessa gran-corte nella sua motivazione numera fra gli accusati coloro, che di questo solo misfatto son rei, senza che sieno stati implicati affatto nei misfatti speciali. La gran-corte dunque, mal discende ad una *dispositiva* che gl'involve insieme cogli altri nella sola competenza di eccezione. Essi debbono essere giudicati col rito ordinario.

5. La donna, vergogna del suo sesso, che di tutti questi reati, sì speciali che ordinarii, è l'anima informante e la causa, *dux femina facti* 4), del pari che tutti coloro i quali sono autori o complici con lei di qualche misfatto speciale, debbon essere, anche per le altre loro imputazioni, giudicati col rito speciale. Ma l'omicidio premeditato (*assassinat*) che in tutti i casi di attruppamento armato vien soggettato in Francia alla competenza speciale 5), non lo è appo noi, se non quando l'attruppamento è con armi proprie, qualificato di violenza pubblica, come in questa causa fu il coniugicidio. Nell'omicidio di *Quercia* abbiamo ne' rei la premeditazione, il mandato, il concerto; vi abbiam di più la rea causa di sopprimer la pruova d' un altro reato, tutte circostanze delle quali ciascuna mena evidentemente alla pena capitale; ma non vi abbiamo armi proprie che menerebbero alla competenza speciale. Vi ha due tra gli omicidi di *Quercia* (*Francesco-Antonio* e *Carmine Russo*) a'quali non è addebitata alcuna parte dei misfatti di lor natura speciali: essi due solamente, ad oggetto di sopprimere la

1) Art. 177 pr. pen.

2) Art. 177, 183, 431, pr. pen. — V. nella nostra *Proc. penale* il § 605 della parte III, ove è riportato il rescritto del 24 dicembre 1823, che fissa le norme sopra questa materia.

3) V. i n. IX e X, p.188-196 di queste *Quistioni*.

4) Virg. *Aen.* I, v. 364.

5) Art. 554 cod. d'instr. crim. di Francia.

pruova e del furto da cui provennero le fedi di credito, e della falsità delle loro girate, diventarono instrumento della donna in tale uccisione. Parrebbe dunque che la parte di decisione che riguarda costei e gli altri autori e complici de'misfatti speciali, debba approvarsi, ma non l'altra parte che risguarda i due che sono rei solamente dell'ultimo misfatto, i quali debbon essere giudicati separatamente col rito ordinario 1).

6. Tutto fin qui mi sembra assai piano. Ma spiace a costei, ma spiace a tutti i suoi misfattori, l'essere giudicati nella provincia ove destarono tanto orrore, e dove a tutti la loro reità è manifesta. Sostengono dunque che l'annullamento di una parte della dispositiva dee menar seco l'annullamento dell'altra, e che questo annullamento, in forza del sovrano rescritto del 20 giugno 1818, dee produrre il rinvio di tutta la causa ad altra gran-corte.

7. Il primo assunto mi par contrario alla legge, comentata da molte vostre decisioni. So l'art. 316 della procedura penale: « Quando trattasi di causa individua, « il ricorso d'uno de' condannati avverso « la decisione definitiva sospende di dritto « l'esecuzione che riguarda il correo ». Questo è spiegato per le sue conseguenze dall' art. 313 dello statuto pen. militare. « Quando siasi annullato un giudizio por- « tante la condanna di più correi, ancor- « chè il ricorso sia stato prodotto da un « solo di essi, la decisione ne viene in- « timata anche a quei condannati che non « ricorsero, perchè, volendo, si preval- « gano del benefizio che può loro deri « vare da tale annullamento ». Ma noi siamo nel caso di competenza, non di condanna. Questi art. dunque non sono applicabili alla causa. All'incontro la competenza speciale è bene spiegata contro di alcuni: il ricorso di costoro debb' essere rigettato. S'ella è male spiegata contro di altri, *quisque in causam suam*: questi altri soli debbon essere giudicati col rito ordinario 2).

8. Ma da chi? insistono questi altri. Voi dovete inviarci ad altra gran-corte in forza, non più della seconda parte dell'articolo 118 della legge organica, ma del real rescritto de'20 giugno 1818 che venne ad abolirla.

9. La prima parte dell'art. 118 statuisce che in caso di annullamento la corte suprema dee rinviare la cognizione della causa ad altro giudice di egual grado: la seconda parte è così espressa. *Nelle cause di competenza rinvierà le cause al tribunale che la stessa corte suprema giudicherà competente.* Ella dunque *annulla* e *rinvia* in tutte le cause definitivamente decise, nelle quali o siasi contravvenuto al testo espresso della legge, o sieno state violate le forme essenziali del rito; e *regola il giudice* ne'giudizii di competenza. Così per l'altra legge organica del 1808; così per quella del 1812. La corte suprema per le competenze giurisdizionali fa ciò che prima faceva la nostra *camera reale*, e poi la *giunta suprema delle quistioni*. Questo sistema è rimasto sempre inconcusso fino ad oggi nelle cause civili. Il principio è uno: nelle cause di merito il collegio supremo che sovrasta a tutta la magistratura, è censore, non giudice: nelle cause di competenza è censore ed è giudice, e la discussione ch'ei ne fa, è terminativa. Niuna differenza debb'essere in ciò tra le cause civili e le penali a).

10 Lo stesso potere fu dato alla corte suprema dagli art. 134 e 135 dell'ultima legge org. ne' conflitti di competenza tra diverse giurisdizioni. La corte suprema attribuisce in essi la causa ad una giurisdizione più che ad un'altra; nè il suo arresto è soggetto a nuovo esame nel tribunal regolato. È ricognizione del giudice vero della causa, non delegazione, o più veramente surrogazione di un giudice ad un altro, come si fa nell'annullamento e rinvio 3). Se i fatti si cangiano, può bene spiegarsi poi un'altra competenza. Ma nello stato in cui è la causa, la pronunziazione della corte suprema è definitiva, è obbligatoria, è cosa giudicata.

11. Anzi spesso ne'conflitti negativi, ella può secondare entrambe le decisioni delle due autorità di cui ciascuna vuol essere esclusa dal dovere di giudicare, ed approvandole, dar la giurisdizione ad una ter-

1) Art. 427 pr. penale.

2) Art. 329 pr. penale.

(a) *Uguale principio è stabilito nell'art. 673 pr. pen. così espresso: « Se la sentenza e la procedura sono annullate per incompetenza la Corte « di Cassazione rimanderà il processo avanti i « giudici competenti, che designerà. »*

3) V. al n. III § 28, pag. 799.

za 1). Altrimenti chi stabilirebbe in questo caso il vero giudice nella causa? Tanto è essenziale alla instituzione della corte suprema il pronunziare in queste controversie, non del merito della causa, ma della competenza per definirne il merito, che questo è il primo oggetto della sua instituzione: sua prima attribuzione è il ritenere le giurisdizioni nel triplice loro confine, di gerarchia, di territorio, di materia.

12. Ciò non ostante, pubblicata appena questa legge organica nel 29 maggio 1817, si osservò quanto le leggi di procedura fossero necessarie alla loro osservanza, particolarmente per regolare il terzo confine delle giurisdizioni ne' modi di procedimento. La procedura ne' giudizii penali risultava allora, meno da leggi, che da una incomposta congerie di decreti particolari e di rescritti e di ufizii ministeriali, non sempre concordi 2). Ciò spargeva d' incertezze e di arbitrii la determinazione delle competenze. Quindi si credette dare allora a tai quistioni un andamento men rapido, e soggettarle allo stesso ripetuto esperimento che opera il rinvio nelle altre cause. La natura della cosa non rendea ciò possibile ne'conflitti. Quindi il rescritto del 20 giugno 1818 ordinò, che ne' conflitti la corte suprema dovesse rimettere la cognizion della causa a quei giudici ch' ella giudicava competenti; ma pei ricorsi avverso decisioni di competenza, non potesse che o rigettare, o annullare e rinviare. Il principio, già comune a' conflitti ed alle quistioni di competenza per ricorso (§ 10), si conservò ne' soli conflitti; ma ricevette un'eccezione nelle quistioni di compelenza per ricorso, fino a tanto che fosse durato il bisogno che l' aveva dettata.

13. La sola forma di *rescritto*, mostra che questa era una disposizione temporanea ed interinale. Se non fosse stata tale, si sarebbe rivocato un art. di legge organica, legge d' ordine pubblico, con una disposizione, la cui forma non le dà per legge una forza sì potente nè sì generale: esso nemmeno è inserito nella collezione delle leggi, perchè quantunque occasionato da quistioni degne della sovrana attenzione, è dato *per caso sì particolare che non può formare oggetto di leggi e di decreti* 3).

14. Di fatti non appena che fu compilato, ed in maggio del 1819 fu pubblicato il corpo intiero della nostra patria legislazione, l' art. 497 della proc. penale fè cadere il provvedimento temporaneo del 20 giugno 1818, e restituendo tutta la sua forza alla seconda parte dell'art. 118 della legge organica, prescrisse in termini generalissimi quanto segue: « Tutte le cause « di competenza, incluse quelle delle « gran-corti speciali, e tutti i conflitti « giurisdizionali, nella suprema corte di « giustizia saranno trattate *in linea di « regolamento di giudici*, inteso il pub- « blico ministero. Ciò che nell' art. 183 « è detto per le cause di competenza, « sarà eseguito anche per le cause dei « conflitti giurisdizionali ». Quest'art. 183 prescrive alcune forme ne'giudizii di competenza per ricorso alla corte suprema. Tai forme dunque son rendute comuni ai giudizii di competenza per conflitto. E così fu tolta la differenza, introdotta novellamente dal rescritto, tra giudizii di competenza per ricorso, e giudizii di competenza per conflitto; e ciò tanto ne'poteri della corte suprema, quanto nella forma del suo procedimento.

15. L' art. 497 è in termini chiarissimi: TUTTE *le cause di competenza*, *incluse quelle delle gran-corti speciali;* parole a cui confronto son tosto messe le altre, TUTTI *i conflitti giurisdizionali.* Dunque calunniosa sarebbe ogni interpetrazione restrittiva delle voci *tutte* e *tutti*. È il caso di PAOLO: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*. Nè fa ostacolo la prescrizione dell' art. 334 pr. pen. ove è detto: « Annullata una decisione, e rimesso ad « altra gran-corte il giudizio, sia di com- « petenza, sia di decisione definitiva, la « decisione della corte suprema sarà no- « tificata al reo ». Imperocchè gli art. precedenti e seguenti parlano di annullamento di decisioni di merito in forza di ricorso. Nondimeno perchè può stare che la corte suprema decida ancora per *regolamento di giudice*, l' art. 334 abbraccia l'uno e l' altro caso, ma per la sola ne-

1) V. la nota 6 al § 5 del n. XXVI, pag. 889.
2) Ad ordinar questa fu intesa la mia *Instruzione a' giudici regii* in tre volumi, pubblicata nel 1812.
3) Legge del 24 marzo 1817.

cessità di notificare al reo l'arresto o di *semplice censura*, o di *regolamento del giudice*. L' oggetto che in questo art. si propone, è la scienza che dee darsi al reo del giudizio della corte suprema; l' oggetto dell' art. 497 è di fissare i poteri della corte suprema medesima. Di questi poteri noi ragioniamo. Usatene voi; e poi lasciate che si notifichi a'rei, a'termini dell'art. 334, la vostra decisione.

16. Poco dopo di quelle leggi di pr. penale, nel 7 giugno 1819 fu pubblicata la legge organica delle autorità giudiziarie pei reali dominii al di là del Faro. Questa trovò l' art. 497 pr penale, pubblicato già nel mese precedente; articolo che sì pei dominii reali al di qua del Faro, e sì pei dominii al di là, stanziava, senza riguardo al rescritto, la seconda parte dell'art. 118 della l. organica napolitana. Era dunque superfluo nella l. organica siciliana ripetere in giugno quel che in maggio le ll. di procedura aveandetto: il perchè il suo art. 127 riprodusse la sola prima parte dell' art. 118 della l. organica napolitana, ed omise la seconda. Ben disse però nel suo art. 102: « le « dichiarazioni di competenza speciale po« tranno impugnarsi col ricorso presso la « corte suprema di giustizia, nel modo e « forme e ne' termini dalle stesse leggi « stabiliti ». Quali sono queste *stesse leggi* delle quali qui si parla? Sono quelle delle quali vi parlano gli art. immediatamente precedenti,cioè l'art. 101 e l'art.100: *leggi di procedura ne' giudizii penali*. E si vegga la differenza tra l' art. 102 della l. org. siciliana ed il corrispondente art. 89 della napolitana. In questo non si fa alcuna rimessione a *leggi di procedura*, perchè nel 1817 esse non erano state ancora pubblicate, e perciò convenne allora antivenirne il difetto con la seconda parte dell' art. 118.

17. Ed è pure da avvertire che secondo la legge organica del 1817 la corte suprema di Napoli avrebbe potuto per l'articolo 123 pronunziare senza rinvio, quando l' annullamento derivasse dal merito, perchè il fatto non fosse stato qualificato reato per legge, o l' azione penale fosse stata prescritta o abolita. Ma con un secondo reale rescritto dello stesso dì 20 giugno 1818 fu sospesa questa facoltà; e poi con gli art. 145, 184 e 327 pr. pen. ella fu tolta definitivamente, e ristretta in questi casi alla censura, annullando o rinviando. La legge organica del 7 giugno 1819, numerando le facoltà della corte suprema di Palermo, non ripetette quella del nostro art. 123, essendo già comuni a' reali dominii oltre il Faro gli art. 145, 184 e 327 della procedura. Quindi è che non pel rescritto, ma per gli art. espressi d' una legge solenne, in niun caso, tranne la competenza per l'art. 497 pr. penale, le corti supreme possono pronunziare in merito, ma debbono solamente annullare e rinviare. Nella legge organica siciliana il legislatore omettendo l'articolo 123 della legge organica napolitana, *quod noluit, omisit*: il rescritto era già convertito in legge la quale era comune al di qua e al di là del Faro.

18. Non ha guari ci è stato comunicato un altro rescritto del 29 ottobre 1834. Vi si stabilisce che l'annullamento d' una decisione estingue la giurisdizione della gran-corte che l' ha pronunziata, tanto nella causa particolare del reo cui la decisione risguarda, quanto per tutto il procedimento relativo all' interesse di ogni altro 1). Ma il caso che il rescritto prende ad esaminare è di una decisione annullata per violazione di rito. È caso dunque di censura del procedimento, non di cognizione di giurisdizione. Per lo che tal rescritto trascrive la prima parte dell'art. 118 della l. organica; ma non trascrive la seconda, nè affatto vi allude. E nol poteva, perchè ne' giudizii do' quali parla la prima parte dell'art. la corte suprema è giudice censore, non conoscitore (§ 9); ma nelle competenze delle quali parla la seconda, non è l' atto suo principale il censurare ed annullare, ma il conoscere e regolare il giudice, e ciò disse espressamente l' art. 497 pr. penale 2).

1) Tal rescritto è riportato al n. VI, pag. 816.

2) S'intende già che la corte suprema, aver dee sottoposto alla sua giurisdizione per ragion di gerarchia tanto il giudice cui attribuisce la giurisdizione, quanto quello cui ella la nega. Queste autorità sottoposte a lei, sono distinte in otto classi, alle quali *sovrasta la corte suprema di giustizia*. Art. 1, l. org. nap. ed art. 1 e 2, l. org. sic. — Tra queste classi non sono le *curie ecclesiastiche*. Dunque se la corte suprema si attenta a statuire, regolando il giudice, che un tribunale a lei sottoposto decida una causa piuttosto che un tribunale

19. Le nostre leggi, s'io non m'inganno, sono assai abborrenti di trasportare i giudizii d'una in altra provincia, quante volte assoluta necessità nol consigli. *Nei conflitti di giurisdizione si avrà sempre in mira la competenza territoriale* 1). È cosa singolare la tenerezza di alcuni per gl' imputati. Al vederli in carcere, declamano sull' ingiustizia delle lunghe detenzioni; e poi vedendoli in pericolo di condanna, non che condannati, senton male che nella terra atterrita da'loro misfatti se ne compia definitivamente il giudizio. Vorrebbero trasportarli di provincia in provincia fino a tanto che trovino un giudice che annoiato li assolva. Ma non veggono in ciò l' indebolimento e spesso la vanità dell' esempio; non veggono rilasciati e recisi i freni della legge, guarentigia della sicurezza individuale e della pubblica tranquillità; non veggono quanti affanni, quante spese si cagionano ad uomini innocenti e pacifici, trabalzati qua e là fuori del centro de' loro affari, per andare a rendere testimonianze, spesso vane, innanzi a giudici lontani dal luogo della strage. Or ne' giudizii di competenza il sistema di annullare e rinviare altrove, invece di regolare il giudice del luogo, tende per l'appunto a moltiplicar questi mali 2).

20. Se una gran-corte pronunziasse a capriccio senza motivazione alcuna, senza udire il ministero pubblico, senza esser composta del numero de' giudici che stabilisce la legge, queste nullità, quando viziano una decisione di competenza, esigono imperiosamente il rinvio. Ma quando il giudice territoriale erra nel merito della competenza, senza cumularvi altra quistione che riguardi l' azione o le eccezioni 3), ogni ragione di dritto e di convenienza vuole che raddrizzato l' errore relativo a' limiti della sua giurisdizione, si pronunzii del merito della causa dal giudice medesimo: in nulla egli ha pregiudicato il giudizio terminativo di fatto (§ 2). E ciò ha ragione più gravi ne' reati connessi o dipendenti l'uno dall' altro, de' quali alcuni debbon essere giudicati con rito speciale, ed altri con rito ordinario.

21. Imperocchè in questa connessione o dipendenza un solo sempre debb'essere l' atto di accusa. Della uccisione di *Quercia* la mandante, e nel tempo stesso aiutatrice presente, è la donna. Ella è rea di molti altri misfatti; ed in uno di questi è la causa dell' ultimo omicidio. Come potrà scindersi questo atto di accusa? Colei dee sottostarvi innanzi alla gran-corte speciale, e sì pei suoi misfatti speciali, e sì per gli ordinarii. Molto più dunque è necessario che in reati sì gravi, per le ragioni dette di sopra (§ 18), non si alteri la competenza territoriale.

22. De'due per contrario che della sola ultima uccisione son rei, l' accusa non può essere che una e la stessa: altrimenti ella rimarrebbe senza causa, ed essi sarebbero mandatarii senza mandato. Tal misfatto non speciale fu preordinato e consumato per sopprimere la pruova dei misfatti. Ma quello e questi non posson essere sottoposti al medesimo giudizio. La legge non dice, *saranno giudicati con separato atto di accusa*: dice soltanto, *saranno giudicati separatamente.* Quante volte avviene che con lo stesso atto di accusa si celebrino più e separati giudizii? Se i rei del misfatto ordinario debbon essere giudicati separatamente con rito ordinario, questa separazione comincia per necessità di legge, non dall'atto di accusa, ma dal termine de' cinque giorni son privati i rei speciali; i rei comuni ne hanno il beneficio. Ma pel giudizio di sottoposizione all' accusa, le condizioni della sua pronunziazione sono per gli uni e per gli altri le stesse; gli stessi e nel numero medesimo ne sono i giudici; le stesse forme ed il tempo, perchè si pronunzia in entrambi, compiuta la comune instruzione delle pruove 4). Perchè

ecclesiastico, commette un *eccesso di potere*. Caduta in tal vizio la corte suprema (nella causa di *Giacinto Aloè*), ne fu corretta dal real decreto del 31 agosto 1831.

1) Art. 495 pr. penale.

2) V. i §§ 19 e 20 del n. III, pag. 799.

3) V. i nn. XXII e XXIII, pag. 871-880.

4) Ciò non poteva avvenire sotto l' impero della legge del 1 luglio 1809, quando le corti speciali erano composte di cinque giudici togati e di tre giudici militari a modo delle corti prevostali di Francia. Le corti ordinarie allora non avevano necessità di preliminarmente statuire dell'accusa e della competenza; ma le speciali dovevano dichiararsi competenti nella causa: questo era il primo loro atto. Oggi è necessario in tutte le cause criminali

dunque non debb' essere uno ed il medesimo l' atto di accusa, e sì per gli uni come per gli altri?

23. Se dunque la gran-corte avesse conchiuso nella sua dispositiva che per i primi si fosse proceduto col rito speciale, e pei secondi col rito ordinario, non avrebbe offesa la legge, quando dai fatti ch' ella ritiene si va naturalmente a questa duplice conseguenza. Non lo ha fatto: dunque ha errato. Per lo che *regolando il giudice*, io credo che voi dovete rettificare la dispositiva del giudizio di sottoposizione all' accusa, approvare la decisione per tutti gli accusati che son rei di misfatti speciali, ed ordinare che coloro a' quali non è addebitato alcun misfatto speciale, siano dalla stessa gran-corte giudicati separatamente col rito ordinario 1).

XXXI.

REALE RESCRITTO.—**Si disapprova il sistema tenuto ne' giudizii di competenza dalla corte suprema di giustizia.**

1. La legge organica dell' ordinamento giudiziario de' 29 maggio 1817 dispone coll' articolo 118 quanto segue — « In « qualunque caso la corte suprema an« nullerà una sentenza o decisione di un « tribunale o di una gran-corte, sia in « materia civile, sia in materia penale, « dovrà inviare la *cognizione della cau« sa* ad un tribunale, o ad una gran« corte di egual grado, salvo ciò che « sarà detto nell' articolo seguente. — « Nelle cause di competenza rinvierà le « cause al tribunale che la stessa corte « suprema giudicherà competente 2) ».

« 2. Si dubitò se la espressione generica, *nelle cause di competenza*, comprenda le cause tutte in cui trattasi di quistione di competenza, ovvero quelle sole ove tal quistione sorge da conflitto giurisdizionale. Il sovrano rescritto de' 20 giugno 1818 confinò la disposizione alla parte seconda dell' alternativa: all'effetto rimaneva escluso il rinvio della causa ad autorità diversa da quella che avea profferito nel caso unico di decisione sul conflitto giurisdizionale, e si riteneva per ogni altra decisione annullata compresavi quella di competenza.

3. Il dubbio si è riprodotto per l' articolo 497 delle leggi di procedura penale che dispone: — « Tutte le cause di « competenza, incluse quelle delle gran« corti speciali, e tutt' i conflitti giurisdi« zionali nella suprema corte di giustizia « saranno trattate *in linea di regolamen« to di giudici* 3), inteso il pubblico « ministero. » — Domandasi, se con questa disposizione siasi abolito l'articolo 118 della legge organica giudiziaria, e siasi dato alla corte suprema il potere di far suo

statuir prima sull'accusa e sulla competenza; ed i cinque o i tre magistrati che stabiliscono la competenza ne' giudizii ordinarii e negli speciali, sono tutti togati ed i medesimi. — V. le conseguenze di tal differenza nel *Suppl. alla coll. delle ll.* n. 123, 131, 132, 133, 235.

1) Così venne deciso. — Ma questa giurisprudenza venne innovata dal real rescritto del 27 giugno 1838 che daremo nel n. seguente.

Quando in esecuzione dell'art. 427 proc. penale alcuni degli accusati debbono essere giudicati col rito speciale, ed altri separatamente col rito ordinario, il procurator generale dee curare principalmente a non separare i due giudizii in modo che ne' giudici si oscuri col tempo la convinzione ingenerata nella discussione della prima parte dell'accusa, e si estimino i fatti differentemente nel secondo giudizio. Questo può farsi agevolmente sol che si dia il termine de' cinque giorni a quei soli che sono sottoposti a rito ordinario, e poi quello delle 24 ore con due separate ordinanze, ma notificate nel tempo stesso agli uni ed agli altri, al che per gli uni e per gli altri possa celebrarsi senza molto intervallo la pubblica discussione. Allora se questa è di più giorni, ben può essere ultimata, alternando un giorno in rito speciale, ed un altro in rito ordinario, fino alla decisione; e se la discussione è breve, l'una può farsi immediatamente dopo dell'altra; purchè l'una e l'altra decisione conseguiti l'ultimo atto della propria discussione. Così si serberebbero i dovuti riguardi alle spese che si anticipano dalla tesoreria; il giudizio si sospenderebbe egualmente per qualche esperimento o impedimento di testimoni, e non si porterebbero queste discussioni a mesi e ad anni, come spesso avviene, dal che lo scandalo probabile di giudicati contrarii, e per lo più con inutile iattura di tempo, e ripetuta vessazione de' testimoni.

2) V. gli art. 455 e segg. pr. civ. Si avverta che la prima parte dell'art. dice: *sia in materia civile, sia in materia penale*.

3) Frase francese del tit. 19 del lib. 2 pr. civile.

il giudizio della competenza senza obbligo di rinviarlo ad altra autorità, eguale in grado a quella che ha profferita la decisione annullata.

4. La opinione che non ammette nella corte suprema questo potere, riportasi alla sua instituzione, ed a varie disposizioni legislative. Osservasi primieramente che la corte suprema come *tribunale regolatore* ha un potere ben distinto da quello della gran-corte criminale. Risolvere in giudizio particolari quistioni di fatto e di dritto, è proprio del tribunale di cognizione. Il tribunale regolatore che instituito nell' interesse della legge, non discende alla individualità della specie, interviene per decidere, non sulla quistione già risoluta dall'autorità inferiore, ma sulla legalità della risoluzione emessa. Quante volte l' annulli come illegale, la quistione sulla specie risorge per esser nuovamente discussa e risoluta. Per la ragione esposta, la risoluzione non potrà essere della suprema corte, e molto meno dell' autorità inferiore che ha profferito la decisione annullata, giacchè non è più indifferente nella causa. Quindi la necessità del suo rinvio ad altra autorità di egual grado; nel che sta massimamente la instituzione della corte suprema.

5. Questa regola che è nell'essenza del vigente sistema giudiziario, come necessaria alla confinazione ed all'ordine de'poteri giurisdizionali, non varia per quistioni di competenza. Tali quistioni si riferiscono pure alla individualità della specie, e nulla si offre onde metterle fuori regola sino a scambiare per esse il tribunale regolatore in tribunale di cognizione.

6. Su queste considerazioni si è ritenuta la necessità del rinvio della causa dopo l'annullamento della decisione di competenza, in vigore del reale rescritto de'20 giugno 1818, dell'articolo 127 della legge organica dell'ordinamento giudiziario de'7 giugno 1819 per l'altra parte del regno, e del decreto de' 31 agosto 1831 emesso in occasione dell'affare di D. Giacinto Aloè.

7. Nei conflitti stessi di giurisdizione interviene la corte suprema colla qualità di tribunalo regolatore. Elevato il conflitto, allorchè per un fatto medesimo più autorità han dichiarata la propria competenza, la corte suprema chiamata a dirimerla, discute quale delle due dichiarazioni sia uniforme alla legge. Riprovandone una per illegalità, lascia libera la esecuzione dell'altra. In questo modo essa giudica non della competenza direttamente, ma della legalità delle decisioni, che sulla competenza trovansi già pronunziate dalle autorità di cognizione.

8. La necessità del rinvio dopo l'annullamento di una decisione qualunque, ancorchè di competenza, è ritenuta del pari nelle leggi di procedura penale. Nell'articolo 334 esse dispongono che « annullato, « e *rimesso* ad altra gran-corte il giudi« zio, sia di *competenza*, sia di decisio« ne definitiva, la decisione della corte « suprema sarà intimata al reo. »

9. Non è poi avverso a questa disposizione il consecutivo articolo 497, e sfugge la idea di contraddizione tra le vicine parti delle leggi medesime. Esige l'articolo 497 che le cause di competenza e le cause di conflitto giurisdizionale nella corte suprema di giustizia sieno *trattate in linea di regolamento di giudici;* ma queste parole riportansi non al potere della suprema corte, bensì alle forme di spedizione delle cause. L' articolo in esame coordinato al precedente 183 esige che il supremo collegio pronunzii nella causa in preferenza di ogni altro affare Le espressioni medesime, *sian trattate*, trovansi anche impiegate come relative a *forme di procedere* in diversi articoli della stessa legge di procedura penale, e specialmente negli articoli 136, 137, 351, 360, 456 ec.

10. Ho rassegnato l'affare a Sua Maesta' nel consiglio ordinario di stato del dì 11 andante, e la Maesta' Sua, veduto il parere della consulta generale del regno, ha sovranamente dichiarato che la corte suprema ne'giudizii di competenza, accogliendo il ricorso contro la decisione di competenza, non può direttamente ed irrevocabilmente decidere della competenza, ed è stretta a rinviar la quistione ad altra gran-corte criminale, diversa da quella di cui la decisione si è annullata.

Nel Real nome ec. ec.—Napoli 27 giugno 1838—*Il ministro* ec., Nicola Parisio.

XXXII a XXXVI.

De' casi di ammessibilità di richiamo avverso le decisioni delle gran-corti speciali.

SOMMARIO

Tre sono nelle cause di rito speciale i casi di ricorso, ed uno di revisione di ufizio.

Primo e secondo caso di ricorso (N. XXXII).— I, *avverso la competensa.* — II. *Quando nella pubblica discussione svanisca il misfatto di competenza speciale, o la circostanza che vi ha dato luogo.* — Art. 431 e 433 pr. penale.

I. *Primo caso.* — Ragione della competenza speciale nella causa, § 1 e 2. — Ricorso rigettato, § 3 a 5.

II. *Secondo caso.* — Decisione in merito di essere svanita la circostanza che avea dato luogo alla competenza speciale, § 6.

III. Rapporto tra l'art. 92 della l. organica, e l'art. 433 pr. penale, § 7 ed 8.

IV. Nullità per essersi definiti autori materiali dell'omicidio, coloro che non avevano armi per produrlo, § 9 e 10.

V. Se questa nullità meni alla rinnovazione della discussione pubblica, § 11.

VI. Conchiusione, § 12.

Terzo caso (N. XXXIII). — *Quando in causa di rito speciale avvenga condanna di morte o di ergastolo, e vi sia decisa quistione di dritto a maggioranza di sei voti sopra due.* — Art. 434 penale. — *Ammessione del ricorso in generale.*

I. *Quistione unica:* — Nella causa è ammessibile il ricorso? § 1. — Utilità che talvolta si trova nella discussione della quistione preliminare di ammessibilità, indipendentemente dal merito, § 2.

II. Tre casi di ammessibilità di ricorso in corte suprema nelle cause speciali: il *terzo caso* è per disparità di cinque sopra tre voti, in quistioni di dritto, ove la decisione porti condanna alla morte o all'ergastolo, § 3.

III. Questa disparità si è verificata in questa causa nelle due quistioni, la prima di competenza, e la seconda di definizione del misfatto, § 4 a 6.

IV. La terza quistione proposta nella causa è dell'applicazione della pena: ella è risoluta all'unanimità, § 7. — Ciò non pregiudicherebbe all'ammessione del ricorso, § 7 ed 8.

V. Accidenti strani avvenuti in questa causa, § 9 a 12. — Perchè uno de' condannati fu dato al carnefice in pendenza del ricorso, § 13 e 14.— Una delle ragioni di sì intempestiva esecuzione è tratta dal rescritto de' 14 febbraio 1818, § 15.

VI. Disamina di questo real rescritto, § 16. — Esso riguarda, non i tre casi di ricorso, ma il caso della *revisione di ufizio*, § 16 a 18. — Della sola *revisione di ufizio*, sì diversa dal ricorso, parla il rescritto, § 19 a 21.

VII. Trattandosi in questa causa di ricorso, e non di revisione, qual è mai la condizione per la quale esso può essere ammessibile? § 22.— Disparità di cinque sopra tre voti nell'applicazione della legge, § 23 a 25.

VIII. Differenza di significazione tra la frase, *applicazione di legge*, e l'altra, *applicazione di pena:* l'una è *vox generis*, l'altra *speciei*, in cui *illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*, § 26 a 28.

IX. Nella decisione impugnata, se la pena è stata applicata all'unanimità, più volte la legge vi è stata applicata con quella disparità di suffragi ch'è preveduta dall'art. 434, § 29. — Il ricorso dunque è ammessibile, § 30.

Discussione del ricorso nel II e III caso (N. XXXIV). — *Ammessovi il ricorso in generale, quali motivi possono discutersi?*

I. Non sono ammessibili i motivi che riguardano le forme dalle quali è sottratta la gran-corte speciale, § 1e 2.

II. Tutte le forme dal termine delle 24 ore in poi son comuni alle gran-corti ordinarie ed alle speciali, § 3.

III. Quale sia in ciò la differenza tra il caso dell'art. 433 e quello dell'art. 434, § 4 e 5.

IV. Nel definire la violenza pubblica si è verificato il caso dell'art. 434 nella causa, § 6. — Motivi di annullamento relativi a questa definizione, § 7.

V. *Primo motivo.* — Quali avvocati di una delle parti debbon essere cancellati dalla lista de' testimoni, in vigore dell'art. 202 proc. penale, § 8 e 9.

VI. *Secondo motivo.* — Di quali testimoni assenti può leggersi la dichiarazione in discussione pubblica, in vigore dell'art. 242 pr. penale, § 10 ed 11.

VII. *Terzo motivo.* — Se in pubblica discussione possano farsi a' testimoni interrogazioni al di là delle posizioni di fatto sulle quali essi son chiamati, § 12 e 13.

VIII. *Quarto motivo.* — Se possa una decisione di gran-corte speciale eseguirsi prima di essere notificata, § 14 a 16.

IX. Conchiusione, § 17.

Altro esempio del III caso (N. XXXV). — *Disparità in corte speciale in qualche quistione di fatto.*

I. Stato della quistione: la sola quistione della premeditazione è risoluta nella causa che trattiamo, a maggioranza di cinque voti sopra tre, § 1 a 4.

II. Non vi è luogo a *revisione di ufizio*, perchè l'applicazione della pena è fatta all'unanimità, § 5.

III. Non vi è luogo a *ricorso*, perchè la quistione della premeditazione fu risoluta in fatto, § 6.

IV. Quando la quistione della premeditazione può diventare quistione di dritto, o sia di applica-

XXXII.

Delle decisioni delle gran-corti speciali nelle quali si dichiari svanita la circostanza che diede luogo a tal competenza.—Art. 438 pr. pen.

1. Signori 1), dissero già prima e PAOLO e CUJACIO 2) ciò che un moderno pubblicista ha ripetuto con forza, che investito alcuno di poteri eccezionali, è tentato dall'amor-proprio e dalla ambizione ad estenderli oltre misura, onde dar pruova al pubblico della sua indipendenza ed importanza: le giurisdizioni di eccezione sono di lor natura usurpatrici; ed a paro di alcune piante che crescono a spese delle altre, fanno inaridire intristite le giurisdizioni ordinarie, e quasi le estinguono. Gli antichi tribunali ce ne han lasciato la pruova, quando la giustizia penale non avea vigore che a via di eccezioni: rimanere in un tribunale ordinario senza delegazioni di eccezione, o senza far parte de'numerosi tribunali eccezionali, era degl' iloti della magistratura.

2. Oggi le cose son cambiate: la giurisdizione ordinaria è sostenuta da tutta la forza delle leggi; e son frequenti i casi di temperanza civile, ne'quali i pochi tribunali di eccezione che abbiamo e che decidono senza temere che le loro decisioni vengano rescisse da voi, si spogliano per sentimento intimo di coscienza della loro giurisdizione, e sottomettono alla vostra censura il loro procedimento. Esemplo n' è la causa di cui dovete discutere il ricorso.

3. Ella è di furto grave in campagna, accompagnato da omicidio. La ricognizione generica dell'omicidio presentava nell' infelice ucciso più colpi di due armi diverse: gli accusati eran quattro; e la gran-corte nel giudizio di sottoposizione all' accusa, dedusse dalla diversità delle ferite, che almeno due dei quattro rei, in commettere il misfatto, avevano fatto uso di armi proprie. Suppose dunque riunite a fine di delinquere più di tre persone, delle quali due almeno erano portatrici di armi proprie. Quindi la violenza pubblica; quindi la competenza speciale.

4. Il giudizio di competenza per ragion di materia è sempre un giudizio ipotetico secondo lo stato in cui si presenta una causa. Esso non è giudizio del merito, in cui il giudice dee risolvere ogni dubbio a favore del reo, *et quod minimum est, sequi debet*. Anzi in quello la convinzione relativa allo stato in cui è la causa, deb-b'essere più severa, nè può venir censurata per argomentazioni contrarie che possano farsi sulla estimazione de'fatti: sì perchè il giudice ha sempre tempo di ritornare su'suoi passi, e dichiarare ordinaria la competenza già dichiarata speciale; e sì anche perchè non troverebbe un giudice superiore che possa alla convinzione del giudice di fatto sostituire la sua.

5. Ciò non ostante gli accusati se ne richiamarono a voi, sostenendo che niuna pruova si era indicata dalla gran-corte di essersi essi riuniti a fine di delinquere; che l'essere almeno due di essi portatori di armi proprie non era che una induzione dalla pruova generica, la quale ammetteva la possibilità di essere un solo armato di pistola e pugnale, e di avere un solo della duplice arme fatto uso. Un moschetto, essi soggiungevano, un moschetto con la baionetta alla cima, presenta due armi, e può far due ferite e di fuoco e di punta, e non pertanto non lo asporta che un uomo. Ma voi decideste che nella motivazione del giudizio di accusa la gran-corte non era

1) Nella causa di *Leone Melaccio*, *Canio Gervasio*, *Donato Acocella*, *Pietro Parisio*, 22 febbraio 1833, FRANCHI comm., NICOLINI m. p.

2) L. 141, 161, 196, *De reg. iuris*. — CUI. *Ad has leges*, edit. neap. tom. 8, col. 733.

obbligata ad esprimere le pruove di fatto, ma solamente a decidere dal loro insieme la loro *sufficienza* 1); e che le induzioni e le congetture fanno parte del giudizio di fatto, affidato tutto al criterio morale del giudice, in tutti i suoi gradi secondo la sede della causa 2); e rigettaste il ricorso.

6. Se non che la stessa gran-corte quando è giunta, dietro la pubblica discussione, al cimento terminativo della causa, non è stata più contenta alla *sufficienza* dell'indizio, ma presa da tutta la religione che accompagnar dee l'atto supremo in cui si giudica della vita degli uomini, non più ammise contro gli accusati altra pruova, che quella la quale, dissipando ogni dubbio, la sua coscienza serenasse. Quindi non trovando che le altre pruove avessero dimostrato che delle due armi, l'una fosse stata nella mano di un accusato, e l'altra di un altro, dichiarò *non constare* della violenza pubblica, e rivocò la competenza speciale, e col numero stesso degli otto giudici dichiarò gli accusati colpevoli di furto in campagna, accompagnato da omicidio; e li condannò all'ultimo supplizio 3).

7. Così la decisione è diventata suscettiva di ricorso. Ho trovato che in questo caso la corte suprema si è occupata talvolta della differenza tra l'art. 92 della l. org. del 29 maggio 1817, e l'art. 433 pr. penale, pubblicata nel 1819. Nel primo è detto, che ove nella discussione pubblica svanisca la circostanza speciale, *la gran-corte speciale assumerà il carattere di gran-corte criminale, ed applicherà la corrispondente pena: a tal effetto farà ritirare dal suo consesso quelli tra i giudici che le erano stati aggiunti per formare il numero di otto votanti.* Se non che il legislatore ha poi considerato che in ogni caso gli accusati avrebbero perduto sempre il beneficio del termine de' cinque giorni, negato ad essi per competenza sostenuta da una fallace apparenza di reato, e volle compensarne il difetto col numero de'giudici: esso garentisce di maggiore solennità, e di più varia e ponderata disquisizione il giudizio. Quindi l'art. 433 pr. penale, nel caso che svanisca la competenza speciale, ordina che *ciò non ostante sarà decisa la causa da tutti gli otto giudici che hanno assistito alla pubblica discussione.*

8. Or è avvenuto talvolta, come è avvenuto nella causa presente, che nel suddetto caso le gran corti abbiano fatto ciò che dice l'art. 433; ma non hanno obbliato l'art. 92 della l. organica; e decidendo per l'appunto *con tutti gli otto giudici*, hanno aggiunto la frase, *assumendo il carattere di gran corte criminale.* La corte suprema vi ha trovato un gran fallo, e perciò ha rescisso più decisioni. In verità un numero di otto giudici non può dirsi propriamente gran-corte criminale; nè la gran-corte speciale può più assumere un carattere disdetto dalla sua composizione. Ma la sostanza della cosa è la stessa: *verba cum effectu sunt accipienda* 4): *substantia potius intuenda est, quam opinio* 5).

9. Ma in questa causa io trovo un altro motivo per annullamento che mi dispensa da ogni ulteriore discussione intorno a questo. Dopo che la gran-corte ebbe sciolti dalla competenza speciale gli accusati, come quelli de' quali non era ben certo che due almeno fossero portatori delle armi omicide, dichiara che tutti *abbian commesso* ed il furto qualificato e l'omicidio. Che sieno tutti *autori principali* del furto, qualificato dal luogo, dalla violenza 6) e dal valore, non può richiamarsi in dubbio. Eran essi però veramente tutti *autori principali* dell' omicidio ?

10. *Autor principale* è lo stesso che *esecutor materiale*. Ma se fra i quattro

1) La ministeriale del 5 aprile 1820, confermata dal real rescritto del 24 dicembre 1823, statuisce che nella decisione di sottoposizione all'accusa non dee la gran-corte « ripetere nuovamente il fatto « contenuto nell' atto di accusa: ma senza estenedersi in considerazioni sugl'indizii, dichiarare la « sottoposizione all'accusa, sulla considerazione in « *termini generali*, che le indagini compilate ab« biano *sufficientemente* stabilita la pruova della « reità dell'impulato. » — V. la nostra *Proc. pen.* III, § 473 e 605.

2) V. il n. VI, § 22 e 23, pag. 689 di queste *Quistioni*. — V. il detto real rescritto del 1823, riportato nella nostra *Pr. pen.* III, § 605.

3) Art. 433 pr. penale.

4) L. 5, D. II. 7, *Ne quis eum qui in ius vocatus.*

5) L. 2, § 2, D. XLI, 4, *Pro emptore.*

6) *Violenza*, a' termini dell'art. 408 delle leggi penali, non *violenza pubblica*, a' termini dell'art. 147.

non era ben certo il portatore delle due armi omicide, se la gran-corte ammette la possibilità che un solo fra di essi avesse usata e l'arme da fuoco, e l'arme da punta e taglio, era certo che un solo fosse *autore* dell'omicidio: per gli altri non potea constare altro che la *complicità*. La dichiarazione dunque di esser tutti *autori* di que' colpi mortali è in contraddizione con la dichiarazione fatta nella quistione di competenza.

11. Nè dopo questa novella dichiarazione di competenza speciale, i fatti espressi nella motivazione della quistione del merito della causa alcun lume ci danno por conchiudere che più l'uno che l'altro reo fosse il datore de'colpi. Chi dunque di essi sarà dichiarato tale? Nel dubbio dell' *autore*, sono forse tutti *complici corrispettivi* dell' omicidio? E se lo sono, quale sarà di ciascuno il *grado di complicità* 1)? Ciò non può statuirsi senza nuova estimazione de' fatti; nè questa può farsi senza nuova discussione pubblica.

12. Per le quali cose io richiedo che ritenuta la dichiarazione di competenza ordinaria, parte di decisione non impugnata da alcuno, si annulli la decisione tutta, in quanto ella concerne il merito della causa, rinnovandosi gli atti, secondo che prescrive l' art. 326 pr. penale, dal termine delle 24 ore in poi 2).

XXXIII.

Delle decisioni della gran-corte speciale, nelle quali si decida una quistione di dritto a maggioranza di cinque voti sopra tre — Art. 434 pr. penale.

1. Signori 3), la decisione di gran-corte speciale, per la quale *Felice de Silvestri*, *Raffaele Cavallone*, *Giovanni della Rovere* e *Domenico Cori* sono stati condannati alla pena di morte, vi si presenta divisa in quattro parti, e per quattro distinte quistioni. Ma una di esse riguarda due altri accusati, la reità de' quali non è constata: messi costoro in istato di libertà provvisoria, non danno luogo nè materia a ricorso 4). Le tre altre parti riguardano i ricorrenti 5). Adunque di queste tre sole noi dobbiamo occuparci.

2. Se per regola generale non compete ricorso nelle cause speciali, tranne alcune eccezioni 6), saggio è stato, Signor Presidente, il vostro divisamento, in ordinare che pria di tutto si esamini se noi siamo in alcuno de' casi di sì fatte eccezioni per l' ammessibilità de'ricorsi prodotti avverso questa decisione 7). Indipendentemente adunque dal loro merito, io qui discuterò solamente, se nella presente causa la legge ci autorizzi ad uscir dalla regola delle gran-corti speciali.

3. Tre sono queste eccezioni:

1) V. il nostro trattato *della complicità* nel n. XXII, pag. 612 di queste *Quistioni*, ove al § 36 è pur citata ad esempio questa causa di *Melaccio*.

2) Così venne deciso.

3) All'udienza della corte suprema di giustizia, nella causa di *Raffaele Cavallone* e *Giovanni della Rovere*, e degli eredi di *Felice de Silvestri* e *Domenico Cori*, 24 settembre 1832, Montone comm., Nicolini m. p., G. Marini-Serra e Fr. Demarco avvocati de' ricorrenti.

4) Art. 318 pr. penale.

5) L'accusa era di furto accompagnato da omicidio consumato, e da violenza pubblica, perchè eseguito da quattro individui portatori di armi proprie, e riuniti a fine di delinquere. La gran-corte ne dichiarò colpevoli i quattro dopo averne distinte le quistioni. — La prima di esse fu relativa alla violenza pubblica: questa fu risoluta affermativamente, ma a disparità di suffragi, 5 sopra 3. — La seconda fu relativa alla colpabilità de' rei. *de Silvestri* fu dichiarato a maggioranza di *sei sopra due* colpevole del furto accompagnato da omicidio; ed a maggioranza di *cinque sopra tre*, della violenza pubblica: gli altri tre furono dichiarati colpevoli anche del misfatto principale a disparità di *cinque sopra tre*. — La terza quistione fu dell'applicazione della pena, nella quale, in forza dell' art. 288 pr. penale, tutti i giudici furono uniformi.

6) Art. 91 della l. organica. — Art. 435 proc. penale.

7) Nelle cause in cui la quistione dell'ammessibilità del ricorso porta a gravi conseguenze, è stato sempre della prudenza della corte suprema il definirla preliminarmente in una udienza solenne, e se ammesso il ricorso, non avanza tempo a discuterne il merito, rimettere la trattazione di questo ad altra udienza. Così in questa causa la quistione di ammessibilità fu trattata nel 14 settembre 1832, e la quistione del merito de' ricorsi nel 21 gennaio 1833.

I. Si accorda il ricorso avverso le decisioni di competenza speciale nel giudizio di accusa 1):

II. Si accorda il ricorso anche avverso le decisioni definitive, quando però nella pubblica discussione svanisca il misfatto speciale, o la circostanza che avea dato luogo alla competenza speciale 2):

III. Si accorda finalmente, ed anch'esso avverso la definitiva, ne' soli casi di condanna alla morte, o a pena perpetua, ove nelle quistioni risolute per l'applicazione di qualche legge, non sia concorso in essa il numero almeno di sei voti 3).

Or qui il ricorso avverso la competenza spiegata nel giudizio di accusa fu prodotto, e rigettato, con avvertimento alla gran-corte, che la dichiarazione di competenza o speciale od ordinaria era reiterabile dopo la pubblica discussione, e poteva allora essere risoluta per la giurisdiziono ordinaria 4). All' incontro non siamo nel caso della seconda eccezione, perchè la maggioranza del collegio ha ritenuta la circostanza che diede luogo alla prima dichiarazione di competenza speciale. Certo è però che la nuova dichiarazione è stata pronunziata con disparità di *voti cinque sopra tre*. Esaminiamo dunque se con ciò siensi, in causa di morte, avverate le condizioni richieste per la terza eccezione.

4. La prima parte di questa decisione contiene la reintegrazione della quistione di competenza, presentata ne' termini seguenti: *sussiste nella causa presente la spiegata competenza speciale?* L'accusa era di furto accompagnato da violenza pubblica e da omicidio. Un furto accompagnato da omicidio senza violenza pubblica sarebbe stato di competenza ordinaria. Tutta la forza del ragionamento nella soluzione di questa prima quistione di dritto, consisteva in trovare nel fatto i caratteri constitutivi della pubblica violenza. Tre giudici non ve li trovano; cinque dichiararono che vi sono; e con questa maggioranza si dichiara, *sussiste nella presente causa la competenza speciale.* È notevole che per iscioglière sì fatta quistione si ragiona, come si doveva, della qualità delle armi, tra le quali la pruova generica offriva un *puntaruolo da sarto* 5). I cinque lo credettero arme propria, e piegarono in sì fatta sentenza mossi da antico arresto della corte suprema. E così interpetrarono gli art. 147 e 148 delle leggi penali; così dichiararono che due almeno de' quattro rei nell' atto del reato erano portatori di armi proprie; così da questa circostanza di fatto definita col dritto, quei cinque giudici dissero costoro colpiti tutti dall' art. 147, e giudicabili di violenza pubblica. E come l'art. 294 di pr. penale prescrive, a pena di nullità, che nella decisione si trascriva il testo della legge sul quale la decisione è fondata, così per non lasciare anche nelle forme esterne alcun dubbio, che in questa prima parte della decisione si era principalmente avuta in mira l'applicazione d' una legge, vi si trascrive il testo intiero degli articoli 147 e 148.

5. Reiterato così e con questa disparità di suffragio definito il giudizio di competenza, si discese alla seconda quistione, *se gli accusati abbiano commesso furto accompagnato da violenza pubblica, e da omicidio*. Uno degli accusati, *Felice de Silvestri*, fu dichiarato colpevole del furto accompagnato da omicidio a maggioranza di *sei voti sopra due;* ma dell' altra circostanza della violenza pubblica il fu a maggioranza di *cinque* so-

1) Art. 89 della l. organica. — Art. 431 proc. penale.

2) Art. 92 della l. organica — Art. 433 prec. penale.

3) Art. 434 pr. pen. della cui intelligenza qui trattiamo.

4) Nel discutere allora il ricorso sulla competenza, si discusse il motivo con cui si deduceva la incertezza della circostanza di essere due degli accusati portatori di armi proprie, sola ragione su cui poggiava la competenza speciale. Ma la corte suprema rigettò il ricorso, avuto in mira lo stato in cui si trovava il processo. Se non che soggiunse: « Ma la legge ha lasciato poi la cura alla giu-
« stizia e religione de' giudici, di esaminare nella
« pubblica discussione, se tutti i cennati estremi
« rimangono provati, e nel difetto di alcuno di
« essi non ha privato i ricorrenti del beneficio ri-
« sultante da un giudizio di rito ordinario in forza
« degli art. 433 e 434 delle ll. di pr. penale, e
« dell' art. 91 della legge organica de' 29 maggio
« 1817. » Arresto del 10 genn. 1831, Franchi comm., Celentano m. p. — Da questa cura lasciata alla religione de' giudici dalla legge, nacque la reiterazione della quistione di competenza, proposta nella causa dopo la discussione pubblica, è risoluta a disparità di suffragi, cinque sopra tre.

5) V. il § 4, n. IX, pag. 188 di queste *Quistioni*.

pra tre; e *visti* (sono le parole, scritte nel fine della seconda parte della decisione) *visti gli articoli 147 e 148 ll. penali sopra trascritti*, *con la stessa disparità di cinque sopra tre*, *dichiara*: *consta che il detto reato fu accompagnato da pubblica violenza*.

6. Male dunque assume il procurator generale presso la gran-corte, che la dichiarazione di reità contro *de Silvestri* fu fatta tutta a maggioranza di *sei sopra due* 1). A maggioranza di *sei sopra due* fu fatta la dichiarazione, per la quale sarebbe stato competente anche il magistrato ordinario; ma quella per la quale sola era competente il magistrato speciale non fu fatta altrimenti che con *cinque sopra tre*, e tanto pei tre altri accusati, quanto per *de Silvestri*.

7. Viene la terza parte della decisione: « *qual' è la pena che debbe essere inflitta a costoro pel reato del quale sono stati dichiarati colpevoli?* » All' unanimità si applica l'art. 418, il quale prevede unicamente il caso del furto accompagnato da omicidio (a), e lo puni-

1) La corte suprema per procedere in questa causa con maggior ponderazione, richiese tre chiarimenti di fatto alla gran-corte. Il primo di essi dovea spiegare il perchè la decisione di condanna era stata notificata a due soli, cioè a *della Rovere* o *Cavallone*, e non a *de Silvestri* o *Cori*. Arresto del 18 giugno 1832, MONTONE comm., CELENTANO m. p. — La ragione che per *de Silvestri* se ne diede fu che la dichiarazione di reità pei primi due si era fatta a disparità di *cinque sopra tre*, mentre per *de Silvestri* era stata di *sei sopra due*, il che dal testo della decisione si è trovato non vero.

(a) *La nostra Corte di Cassazione ha ritenuto che nel caso della grassazione, la legge fulmina l'estremo supplizio contro il depredatore, il quale volontariamente tolga la vita al depredato, non a colui che lo abbia ferito soltanto con la volontà di ferire, sebbene ne fosse derivato un effetto maggiore, come risulta dal seguente ragionomento:*

Considerando che sebbene i ricorrenti fossero accusati di grassazione con l'oggrovante di ferita volontaria, da cui seguì la morte dell' offeso, il presidente in rapporto a Cintano formolava la quistione sull' aggravante chiedendo, se egli avesse commesso la depredazione, mentre conosceva che un altro compagno, allo scopo di agevolarne la consumazione, avesse ferito volontariamente il depredato.

Che non può cader dubbio sulla violazione, nella quale incorreva il presidente con l'accennata quistione, siccome è stato allegato col 5° mezzo aggiunto; imperocchè trattandosi di aggravante che costituiva per sè medesima un reato, non bastava chiedere se l'accusato ne avesse avuto scienza mentre commetteva lo depredozione, ma era indispensabile, giusta il chiaro dettato dell'art. 105 modificato del decreto del 17 febbraio 1861, che ne fosse dichiarato autore o complice.

Considerando che la Corte d'assisie nella determinazione della pena per la depredazione accompagnata da ferita volontaria donde era seguito la morte dell' offeso trai 40 giorni, prese le mosse del num. 1° degli art. 596 e 597 codice penale, nei quali è figurata la depredazione accompagnata da omicidio.

Che bene a ragione è stata col 7° mezzo aggiunto denunziata cotesta sentenza, per avere la Corte scambiato ipotesi tra loro distinte, e ritenuto opplicabile l'estremo supplizio fuori i casi espressamente determinati dalla legge.

Che di vero l'argomento in contrario desunto dalla lettera del citato num. 1° di avere la legge contemplato l' omicidio quale effetto materiale e non quale esecuzione della volontà omicida, è smentito dal sistema del codice intorno a'reati contro le persone, ed inoltre col provar troppo rasenta lo assurdo.

È smentito dal sistema del codice; perciocchè ad eccezione de' casi preveduti nella Sezione 3ª l'omicidio è sempre considerato volontario anche quando al soggetto non sia aggiunto cotesto attributo siccome negli articoli 526, 541, 542, 552, 596 e 597, conciosiacchè se col num. 2 è punita coi lavori forzoti a vita la depredazione occompagnata da omicidio mancoto o tentato, che sono senza alcun dubbio modalità del volontario omicidio, è forza ammettere che di questo si parli col num. 1° nel quale è sancita la pena di morte.

Che di vantaggio l'argomento col provar troppo rasenta la assurdo; doppoichè se fosse vero, dovrebbesi ritener compreso in detto numero anche l'omicidio involontario, e conseguentemente condannare nel capo il depredatore che per imprudenza o negligenza avesse cagionato la morte del depredoto.

Che ritenuto invece secondo lo spirito della legge contemplarsi nel num. 1° il volontario omicidio, e nel 2° il mancato o tentoto, non che le ferite o percosse costituenti crimine, egli è manifesto che per dirsi compresa nella prima ipotesi la ferita o percossa, da cui segua la morte tra 40 giorni, debba questa definirsi omicidio volontario.

Che però contro siffatta conclusione ripugnano la ragione e la legge; la prima perchè alla umana coscienza è impossibile confondere la volontà omicida con quella di soltanto ferire o percuotere; la legge perchè l'art. 541 non è mica riportato tra gli omicidii, bensì tra le ferite ed altre lesioni personali.

Che nulla monta esser con lo articolo medesimo la ferita agguagliata all'omicidio e punita con le pene corrispondenti; perocchè non potendo l'agguagliamento riferirsi alla natura ed essenza del reato, non ha rapporto che alla sola penalità.

Che egli è vietato infligger pene per analogia; epperò se la legge per un calcolo di dolo e di colpa punisce con la pena dell'omicidio la ferita da cui deriva la morte, ma nel caso della grassazione non fulmina l' estremo supplizio se non contro il depredatore, il quale volontariamente tolga la

sce di morte. Ma niuna parola vi si fa della violenza pubblica. Veggo bene che la pena di un furto accompagnato da questa sola circostanza di pubblica violenza, sarebbe stata assorbita dalla pena maggiore del furto accompagnato dall' omicidio. Ma per render consona l' applicazione della pena alla reità dichiarata, avrebbe dovuto farsene qualche ragionamento. Così nell' applicazione della pena rimane obliata la circostanza speciale; e chi legge la pronunziazione ultima della colpabilità, nella quale sta il fondamento della *dispositiva*, non vi riconosce traccia di reato che porti a competenza di eccezione.

8. Per le quali cose, se con questa terza parte della decisione volesse giustificarsi la giurisdizione speciale, converrebbe unirla, e riportarla alle altre due precedenti: chè in queste sono applicati gli art. 147 e 148 ll. penali, ma a maggioranza di *cinque sopra tre*. Se dunque l'art. 434 delle ll. di pr. penale apre l'adito al ricorso per la sola parte della decisione che riguarda l' applicazion della legge nel caso che ella sia stata fatta senza il concorso di *sei fra gli otto voti* della gran-corte speciale, quest' ultima applicazione fatta all' unanimità non pregiudica il dritto avverso le altre due parti: nell' ultima non si riconosce la gran-corte speciale, se non nel rapporto delle due quistioni precedentemente risolute, non *ad unanimità*, ma a maggioranza di *cinque sopra tre*.

9. Sulle quali osservazioni darei prontamente il mio avviso per l' ammessibilità dei ricorsi, se gravi e forse non più uditi accidenti non mi obbligassero a guardare sotto rapporti più estesi il detto art. 434. Sappiamo ora che *Cori*, uno dei condannati, fu ucciso la sera stessa del dì 3 marzo, quando venne pubblicata la condanna; ma a due soli de' tre superstiti fu notificata la decisione, cioè a *della Rovere* e *Cavallone*. Intanto tutti e tre aveano presentato tra lo ventiquattro ore, e propriamente nel dì seguente 4 marzo, i loro ricorsi, esprimendo il dritto appunto che a produrli nasceva in essi dall' art. 434. I tre ricorsi furono ricevuti nella cancelleria, e vistati dal procurator generale con l' indicazione del giorno e dell' ora. Nel dì seguente 5 di marzo, fu scelto fra i ricorrenti *Felice de Silvestri*, e fu dato alla morte. Per gli altri due sospese il procurator generale l' esecuzione, ed inviò i processi alla corte suprema.

10. Ed in questi processi ben si leggeva il verbale di esecuzione della condanna compilato già per *de Silvestri;* ma niuno cenno si faceva del destino di *Cori*. Avea forse presentato anch' egli il ricorso, il quale già era rimasto obliato in cancelleria? O pure in una causa individua si era creduto efficace anche per lui il ricorso degli altri? E perchè fra i quattro il procurator generale avea scelto *de Silvestri*, certo ricorrente, e ne aveva preso il supplizio? Questi dubbii gravissimi mossero la corte suprema a chiederne chiarimenti alla gran-corte che aveva giudicato 1).

11. Per ciò che riguarda *Cori*, quel procurator generale, onde giustificare la mancanza di notificazione della decisione a costui, trasmette il processo verbale della gendarmeria, non sottoscritto che da tre soli gendarmi, i quali attestano che presenti i quattro condannati alla pubblicazione della decisione, ne divenner furenti: urli, grida, bestemmie, tra le protestazioni della loro innocenza, con parole al popolo le più inflammative: fu forza farsi appoggiare da un distaccamento per menarli di nuovo alla lontana prigione. La calca per le vie si faceva ognora più folta; la notte s'innoltrava; ed i condannati benchè stretti in lacci, anzi *ammanettati*, si dice che or gettavansi a terra, ora si scagliavano sui gendarmi, ora si battevano colle *manotte* fra loro, risoluti di voler morire piuttosto con qualunque strazio sulla strada, che per la mano del carnefice. Molti colpi in tanto trambusto si vibrarono da'gendarmi: quattro sciable (sono sempre i tre gendarmi che lo asseriscono) ne rimasero spezzate. Niuno però nè della forza pubblica, nè del popolo ne soffrì danno; e dovettero i colpi

vita al depredato, non sarà mai lecito senza dare un' arbitraria estensione alla pena di morte applicarla a chi abbia ferito con la volontà di ferire soltanto, sebbene siane derivato un effetto maggiore. Flagrante è la violazione degli articoli di sopra citati. (Arresto del 18 febbraio 1870, Pres. Janigro, est. Narici, causa Cintaro e Guacciari).

1) V. la nota precedente al § 6.

esser vibrati a sì certo segno, che i soli condannati ne rimasero tutti mal conci e feriti. Niuna delle armi rotte fu presentata: il quarto gendarme che avrebbe avuta pur spezzata la sciabla, non firma il verbale. In questo stato giunsero i condannati strascinati alle prigioni. *Cori* però in atto che moribondo era messo ne' ferri, senza alcun aiuto, nè dell'arte salutare, nè della religione, disperato ed immerso nel proprio sangue, spirò.

12. Strano sarebbe, e perciò non credibile, che il procurator generale, cui venne tosto riferito, tal caso, non avesse fatto immantinenti assodar la pruova generica di quest' omicidio, il quale era tanto più miserevole, quanto che condannato, e non pur legato, ma *ammanettato* e circondato da numerosa forza pubblica, era l'ucciso. Non altri che il giudice competente può statuire, se i gendarmi in quelle circostanze, non avessero potuto adempiere al loro dovere con altri mezzi che con quelli, e se la resistenza lor fatta fosse stata tale da non potersi vincere altrimenti, che con la forza, spiegata sino a quel segno. L'articolo 103 del regolamento del 30 agosto 1827 dà in alcuni casi alla gendarmeria il dritto di far uso delle armi contro alle persone. Ma per conoscere s'ella effettivamente siasi trovata in questi casi, tal che l' avvenutone omicidio o le percosse o le ferite possano dirsi ordinate dalla legge 1), vi è necessaria sempre una instruzione ed un giudizio. Dalle carte trasmesseci finora noi veggiamo un fatto, non un dritto riconosciuto da una decisione irrevocabile. Ignoriamo se questa instruzione siasi ordinata, e se questo giudizio sia stato mai provocato dal procurator generale. Egli nol dice ne'chiarimenti che dà; grave argomento che nol fece.

13. Per ciò che poi riguarda *de Silvestri*, il procurator generale, che ha sospesa la esecuzione per gli altri due, e ne ha inviati alla corte suprema i ricorsi, credette sè solo giudice competente dell'ammessibilità del ricorso di lui, e supponendo questo inammessibile, di fatto consegnò il ricorrente al carnefice. Tre ragioni egli assegna di tal suo procedimento. La prima è che già quest'uomo, quando fu presentato il ricorso in suo nome, si trovava di ordine dello stesso procurator generale in cappella tra i conforti della religione, che quegli ottimi sacerdoti, e quel miglior vescovo sogliono apprestare con tanto zelo a chi muore per mano della giustizia; e le lettere di quel prelato, e le lettere di quei sacerdoti c'invia, ed insiste sulla idea che il mettere così l'uomo nelle mani dei ministri del cielo, sia un *cominciamento dell'esecuzione della condanna alla morte;* cominciamento il quale per legge non può essere distratto da un ricorso importuno a'giudici della terra 2). — Dimostrerò io con molte parole l' assurdità, per non dir cosa più grave, di questa giustificazione?

14. La seconda ragione è quella di cui poc' anzi abbiam ragionato (§ 6), che il *de Silvestri* era stato dichiarato colpevole a maggioranza di *sei sopra due*. Dunque, dice il procurator generale, non gli competeva il ricorso. Ma abbiamo osservato che *sei sopra due* dichiararono la reità la quale se fosse rimasta sola, sarebbe stata di giurisdizione ordinaria, e perciò soggetta di sua natura a ricorso. La reità speciale non fu dichiarata. che da *cinque sopra tre*. Ed oltre a ciò trattandosi di causa individua, il ricorso degli altri, giudicati con questa disparità di suffragi per l'una e per l'altra qualità del reato, avrebbe dovuto sospendere di dritto anche l' esecuzione per lui 3). Il real rescritto del 14 febbraio 1818 ch'egli cita, è applicabile, come or ora vedremo, a tutt'altro rimedio che al ricorso. Che se questo rescritto fosse stato comunicato nel fine di metter freno ai ricorsi, l'art. 316 pr. penale, posteriore al medesimo, lo avrebbe modificato.

15. La terza ragione è tratta tutta da questo real rescritto del 14 febbraio 1818 preso sotto altro aspetto 4). Questa almeno

1) Art. 372 ll. pen. — V. il n. XXIV, pag. 286 di queste *Quistioni*.

2) *Tanto più*, soggiungono i chiarimenti sopra indicati, *che stando egli in mezzo a' conforti religiosi che si danno a' moribondi, non essendo egli più tra i viventi, nè tampoco poteva essere notificato*. Qual maggiore abuso di autorità, che aggiunger alla crudeltà lo scherno del sofisma con la maschera ipocrita della religione?

3) Art. 316 pr. pen. — V. nel n. preced. il § 5 e 6.

4) Questo real rescritto, e qualche altro del medesimo tempo, come quello del 20 giugno dello stesso anno, di cui abbiam ragionato al n. XXX § 12, pag. 907, furono tutti intesi a restringere i poteri della corte suprema, meno per riguardo alla

ha qualche apparenza di legalità. Entriamo ad esaminarla.

16. Le corti speciali instituite in luglio 1809, furono tribunali composti di 5 togati e di 3 militari, avverso i cui atti non v'era alcun richiamo: il ricorso per cassazione non si accordava che avverso la sola decisione che ne stabiliva la competenza. Se svaniva la competenza speciale nel corso della discussione pubblica, essi dovevano cessare dalla causa e rinviarla alla corte ordinaria 1). Ma FERDINANDO I, di gloriosa memoria, non solo vi abolì la mistura militare, ma ordinando che continuasse la causa anche quando svaniva la circostanza che determinava la competenza speciale, con la legge organica delle autorità giudiziali ne' reali dominii di qua del Faro aggiunse per l'articolo 92 un secondo caso di ricorso, e questo avverso la definitiva, quando nella discussione pubblica fosse svanita dal fatto la qualità speciale (§ 3). Memore poi delle revisioni di ufizio *ex iisdem actis*, delle quali facea sì nobil uso la nostra camera reale, volle attribuirne il dritto in qualche caso di cause speciali alla corte suprema, che alla real camera era succeduta.

17. Disse dunque coll'art. 91 e con l'articolo 137, che nelle condanne alla morte, oppure all'ergastolo a maggioranza di cinque sopra tre, si sospendesse sempre l'esecuzione, e si desse luogo alla *revisione di ufizio*, da farsi sugli atti stessi delle cause dalla corte suprema. Concepimento veramente umano, e magnanimo, perciocchè se fu accresciuto nelle cause speciali ad otto il numero ordinario di sei giudici stabilito per ogni causa ordinaria di alto criminale, ciò si fece solo per compensare col numero de' votanti la facoltà che gli accusati nelle cause speciali perdevano del ricorso in corte suprema avverso la definitiva. Or dopo essersi restituito fra noi il famoso calcolo di Minerva e la legge *inter pares* 2), tre voti favorevoli avrebbero in un giudizio ordinario prodotta la libertà, o renduto in altro modo men duro l'estremo evento della causa. Diventati però otto i giudici, i tre favorevoli al reo non avrebbero fatta più parità, ma sarebbero stati vinti da un numero maggiore. E così l'accrescimento del numero ordinato per favore de'rei, loro sarebbe stato in questo caso fatale. *Sed nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos, duriore interpretatione, contra ipsorum commodum producamus ad severitatem* 3). Quindi alla minoranza di tre si diè qualche forza.

18. Due casi dunque di *ricorso* avverso le definitive delle gran-corti speciali autorizzò la legge organica, ed un caso di *revisione di ufizio*. Abuserò io del vostro tempo prezioso per dimostrare a voi le differenze tra questi due rimedii, *ricorso* e *revisione di ufizio?* Il primo è subordinato alla volontà delle parti; il secondo è necessario per volontà della legge: quello è inceppato da termini e da forme; questo non ha altra norma che la coscienza della corte suprema secondo la legge: l'uno è contemplato dagli art. 89 e 92 della legge organica; l'altro in due articoli ben diversi, quali sono il 91 ed il 137: là voi non giudicate del merito della causa, ma unicamente se siasi contravvenuto alle forme essenziali ed al testo espresso delle leggi, ed o rigettate il ricorso, o annullate e rinviate ad altra gran-corte la causa; qui per una singolare attribuzione siete voi che giudicate inappellabilmente del merito.

19. Una legge organica però non può

cosa, che per riguardo agl'individui de' quali allora era composta la di lei maggioranza. Tolti essi da quella parte dell'antica magistratura, la quale era rimasta inoperosa in tutta l'epoca della introduzione delle nuove leggi, recarono ne' collegi nuovi tutti gli arbitrii tollerati negli antichi. Era dunque pericoloso lasciare ad essi, fino alla pubblicazione dell'intiero codice, un troppo esteso potere, tanto più ch'erano sdegnosissimi, non che schivi, di quello stesso ch'erano deputati ad eseguire,

Vel quia nil rectum, nisi quod placuit sibi, ducunt;
Vel quia turpe putant parere minoribus, et quae
Imberbes didicere, senes perdenda fateri.

ORAZIO scriveva ciò a Mecenate (*Epist.* II, 1, v. 83), il quale per servirmi dell'attuale linguaggio, era ministro segretario di stato di Augusto pei riuniti ministri degli affari interni e di grazia e giustizia, e forse anche delle finanze (Agrippa lo era della guerra e marina), ne' tempi in cui, onorando pure gli nomini antichi, ricomponeva con le leggi giulie la cosa pubblica. *Vitia donec homines*. Le istesse circostanze, gli stessi ostacoli ed effetti.

1) V. *sopra* il n. XXXII, pag. 916.

2) Vedine la storia nella nostra *Procedura penale*, III, § 1117.

3) L. 25, D. I, 3, *De legibus*.

che attribuire in generale la giurisdizione. Quindi il Re col suo sovrano rescritto del 14 febbraio 1818 supplì in quella parte al codice di procedura, e venne a determinar meglio i casi contemplati in quegli articoli 91 e 137 della legge organica.

20. Disse dunque espressamente nel rescritto, *che la revisione di ufizio* (si avverta che non d'altro che della *revisione di ufizio* in questo rescritto si parla) *la revisione di ufizio stabilita nell' art. 91 sarà solamente fatta*, *allorchè sei voti non concorrono unanimamente* NELL'APPLICAZION DELLA PENA: *per la discordanza nella prima quistione di fatto non deve aver luogo la revisione*. Ma anche in questo rescritto fu sì attento il legislatore a ritenere ben marcato il confine tra *ricorso* e *revisione*, che in caso di condanna a pena perpetua, ove la revisione avesse potuto cangiare questa pena in pena di morte, non diede già dritto a ricorso; ma volle che la revisione non avesse luogo, *se non quando il condannato vi acconsenta*. Or pe' ricorsi sarebbe strano il parlare di assentimento del condannato, s'egli è che dee presentarli: le parti sole possono, ove il vogliano, provocare un annullamento dalla corte suprema. Questo rimedio dunque di cui parla il rescritto, è tutt' altro che quello del *ricorso*.

21. Adunque gli art. 91 e 137 della legge organica, ed il real rescritto del 14 febbraio 1818 non potrebbero essere la vostra norma, che nel caso in cui il procurator generale avesse sospesa *di ufizio* la esecuzione delle condanne, e così si fosse *di ufizio* sottoposta la causa alla vostra revisione 1). Allora è che avrebbe potuto, ma sempre innanzi a voi, osservarsi da un lato, non essere questo il caso della *revisione*, perchè composto il giudizio, siccome avverte il rescritto, di due parti interamente separate e distinte, *dichiarazione di fatto*, ed *applicazione della sanzione penale che vi corrisponde*, non la disparità de' suffragi nelle prime quistioni che tendono alla definizione del fatto, porta a *revisione*, ma solamente la disparità nell'*applicazione della pena*, la quale è qui fatta *all' unanimità*. Dall' altro lato avrebbe potuto dirsi in contrario, che la unanimità de'suffragi si è qui verificata in un'*applicazione di pena* di competenza ordinaria; che niuna pena di reato speciale si è data; che anzi l' *applicazion della pena* al reato speciale non solo si è fatta *alla unanimità*, ma niuna quistione se ne è fatta; e che perciò sarebbe assai dubbia, se vi fosse o no luogo a *revisione d' ufizio* (§ 8 e 13); il che non era da risolversi coll' esecuzione dal solo procurator generale.

22. Ma noi siamo in un caso di gran lunga più grave: si tratta di *ricorso*, non di *revisione di ufizio*. Guardiamo dunque non più la legge organica, nè il rescritto del 1818, che parlano di *revisione*, ma la posterior legge di pr. penale (art. 434) da cui per la disparità dei voti deriva il dritto al *ricorso*.

23. Nel dì 21 maggio 1819 furono pubblicate le leggi di procedura penale; ed esse appunto col mentovato articolo 434 crearono un *terzo caso di ricorso* nelle cause speciali, e questo pure contro la definitiva, quando in ogni parte che dipende da *applicazion della legge* non sieno concorsi almen sei fra gli otto giudici (*supra*, § 3). — Si avverta alle parole: *applicazion della legge*; mentre il rescritto del 14 febbraio 1818 diceva, *applicazion della pena* (§ 20).

24. Nè con ciò la *revision di ufizio* degli articoli 91 e 137 della legge organica, spiegati dal rescritto venne abolita, nè sostituito il *ricorso* alla *revisione*. Tra le leggi abolite con la legge del 21 maggio 1819 che impresse la sanzion reale alle leggi di pr. penale, non si leggono questi due art. della legge organica, nè questo rescritto, parlanti della *revisione d' ufizio*. Il *ricorso* è tutt' altro rimedio che la *revisione*. Il che tanto è vero, che la legge organica pei reali dominii al di là del Faro, pubblicata posteriormente alla pubblicazion della procedura penale, cioè del dì 7 giugno 1819, conservò la *revision di ufizio* nel caso degli articoli 91 e 137 della legge organica napolitana; e con gli articoli 104 e 198 prescrisse, che per darsi luogo alla *revision d' ufizio* la difformità di cinque sopra tre era solo efficace, quando ella cadesse nell'*applicazione della pena*.

1) Ne vedremo un esempio nella conclus. al n. XXXV, pag. 931.

25. Le leggi di procedura dunque danno dritto al *ricorso* in ogni caso di *applicazione di legge* fatta con quella discrepanza; e non tolgono la *revisione di ufizio*, quando con la stessa disparità l' *applicazion della legge* si rivolge non solo ad *applicazion di pena*, ma di pena di morte o di ergastolo.

26. Quanto sia diversa la significazione delle due frasi, *legge applicata* e *pena applicata*, non vi ha chi al primo aprir d' occhi nol vegga. Nelle decisioni civili vi è sempre *legge applicata*, e ben di rado *pena applicata*. Non vi è *pena applicata* nelle decisioni criminali di competenza, di amnistia, di prescrizione, di eccezione di cosa giudicata; non nella decisione di mancanza d' imputabilità per demenza, per età, per essere l'omicidio comandato dalla legge, per non essere il fatto preveduto da alcuna legge penale; non in alcuna di quelle parti di decisione ov' è definito qualche nome di legge, o qualche circostanza di dritto co' suoi effetti legali; come appunto non vi è nelle due prime parti della decisione in esame, che definiscono il *puntaruolo* essere *arme propria*, e quella unione essere *violenza pubblica:* in unione di questi casi vi è *pena applicata*, e ciò non pertanto vi è *legge applicata*. *Applicazione della legge* è il genere; *applicazione della pena* è una specie. Se non vi è ricorso del condannato avverso la *sola applicazion della pena* profferita con quella disparità, o se questo ricorso è prodotto fuori termine e non nelle forme prescritte dalla legge, la corte suprema dee investirsi de' suoi poteri di *revision d' ufizio*, e giudicare senza rinvio. Ella però non può discendere mai a *revisione* se non in questa *specie* di *applicazione di legge* con la condanna alla morte o all'ergastolo; *generi per speciem derogatur*, et *illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* 1). Il *ricorso* intanto per l' art. 434 si spazia per tutto quanto è il campo del *genere*; ma è soggetto a quelle forme ed a quei termini a'quali è soggetto ogni altro ricorso in generale.

27. È canone di legge: *in re dubia melius est verbis edicti servire* 2). Dubbia qui non è la parola della legge, tosto che riconosciamo la diversità de' due rimedii. Ma se dubbia pur fosse, le ll. di proc. penale negli art. 294, 295 e 330, quando impiegano la frase *applicazion della legge*, la impiegan sempre nel significato del *genere*. Perchè mai nell'art. 434 ove si fa uso della stessa frase, la interpetreremo nel significato della specie? *Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt* 3). Sarebbe inutile il *ricorso* accordato alle parti dalle leggi di procedura, se il caso del *ricorso* fosse identicamente lo stesso che quello in cui si accorda un rimedio di ufizio, senza bisogno di richiamo alcuno delle parti e senza lacci di forme: questo (giova ripeterlo) è un rimedio che agisce da sè, indipendentemente dall' opera del condannato o del suo difensore; rimedio accordato a noi dalla nostra legge organica prima delle leggi di procedura, ed accordato a' Siciliani dopo che la procedura con quell' articolo 434 era stata pubblicata anche per essi. Chi oserà rimproverare al legislatore che negli art. 104 e 198 della legge di Sicilia abbia conceduta una *revision d' ufizio*, la quale non sarebbe alfine che il *ricorso* conceduto già dalla procedura? Egli sarebbe con ciò accagionato e di vizio nell' uso de' due rimedii legali diversi, confondendo il *ricorso di parte*, e la *revision d'ufizio*; e di vizio nella inutile ripetizione della medesima disposizione legislativa; e di vizio nell' uso della frase amplissima *applicazion della legge*, quando non volle dire che *applicazione di pena*. Ma nelle voci di legge *ea potius accipienda est significatio quae vitio caret* 4); et *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* 5). All' incontro si tratta di leggi penali 6); di eccezione odiosa, qual' è quella dell'inammessibilità di un rimedio estremo in condanna di morte 7); di un caso raro in

1) L. 80, *De regulis iuris*.
2) L. 1, § 20, D. XIV, 1, *De exercitoria actione*.
3) L. 23, D. 1, 3, *De legibus*.
4) L. 19, D. 1, 3, *De legibus*.
5) L. 18, *Eodem*.
6) L. 155, § 1, *De reg. iuris*.

7) Dice Papiniano (l. 7, D. XVIII, 7, *De servis exportandis*): *interest hominis, beneficio affici hominem*. Quindi la facilità di ammettere un'azione ed un rimedio favorevole all'umanità, e rimuoverne gli ostacoli. Alcuni se ne sdegnano, quasi che con questo aprire le vie legali a' richiami, si

cui il legislatore i tre voti, sì utili al reo nella giurisdizione ordinaria, render può nella eccezionale efficaci almeno al ricorso 1). Tutto dunque ci sforza a dare all' art. 434 la interpetrazione che ne abbiamo dato al principio.

28. Adunque se dice quest' articolo, che ove l' *applicazion della legge* siasi fatta da una gran-corte speciale a maggioranza di *cinque voti sopra tre*, si apre l' adito alla corte suprema contro la sola parte della decisione che riguarda una tale applicazione; e se nella prima e seconda parte della decisione in esame si è *applicata la legge* con sì fatta disparità, io debbo conchiudere che i ricorsi sieno dichiarati ammessibili.

29. Se non che la decisione condanna i due estinti solidalmente co' superstiti alle spese del giudizio. Non vi è dimanda, ma nemmeno rinunzia di danni-interessi; e può la condanna esser titolo a' rappresentanti dell' ucciso onde ottenerli. Queste azioni si trasportano anche contro gli eredi. Vi è dunque interesse degli eredi de' due estinti alla discussione del merito de' ricorsi. *De Silvestri*, prima di essere dato alla morte, aveva anch' egli presentato ricorso. *Cori* non ricorrente, trattandosi di causa individua, potrebbe, se fosse vivo, profittare in forza dell' art. 316 del ricorso degli altri. I suoi eredi dunque, che l'art. 4 della procedura penale rende responsabili degli effetti civili di tal condanna, possono anch'essi profittare degli altrui ricorsi.

30. Per le quali cose io vi chiedo, che dichiarati i ricorsi ammessibili, si citino gli eredi di *de Silvestri*, e gli eredi di *Cori*, perchè la discussione di tai richiami si faccia pienamente in merito, ed anche nel loro interesse per gli effetti civili 2).

—

XXXIV.

Quali motivi sieno ammessibili in corte suprema ne' casi de' due art. 433 e 434 pr. penale.

1. Signori 3), se si trattasse di una causa di rito ordinario, non v'intratterrei lungamente per dimandar l' annullamento di questa decisione: tante e sì gravi nullità presenta tutto il procedimento. Egli è vero, che benchè la causa sia di rito speciale, il vostro arresto del 14 settembre 4) ha aperto l'adito al ricorso, prodotto già avverso sì fatta decisione di gran-corte speciale, la quale condannò a morte *Cavallone*, *della Rovere*, *Cori* e *de Silvestri*. Ma l'art. 331 della proc. pen. esige, che aperto in generale l' adito ad un ricorso qualunque, voi ne dovete discutere i mezzi ad' uno ad uno, e guardare in particolare se ciascun di essi debba o dichiararsi inammessibile, o rigettarsi, o ammettersi 5). Così in

corra rischio di non irrogare la pena. Ma PAPINIANO stesso risponde loro, che in questo caso, *poenae non irrogatae indignatio solam duritiem continet*. V. CUJACIUM, *Quaest. papinian. ad hanc legem*. Edit. neap. IV, col. 262. — Vi è concorde la l. 19, D. XXVIII, 2, *De literis et posth.*

1) L. 90, 141, 198, *De reg. iuris*. — V. *supra* il § 17.

2) La corte suprema decise come segue:
« Adottando i motivi del ministero-pubblico; »
« Dichiara ricevibili i ricorsi. »
» Sulla *quistione* poi, se allo stato si possa pas-
« sare alla discussione del merito. »
» Visti gli art. 316 e 340 del rito penale: »
» *Considerando* che trattasi di causa individua: »
« *Considerando* che ove un condannato, che
« abbia prodotto ricorso, muoia prima della di-
« scussione, debbono citarsi gli eredi innanzi alla
« corte suprema, perchè il ricorso sia discusso per
» gl'interessi civili solamente: »
« *Per tali motivi*; »
» Prima di passare alla discussione del merito; »
» Ordina che sieno citati innanzi alla corte su-
« prema gli eredi di *Felice de Silvestri*, e di *Do-
« menico Cori*, perchè i ricorsi sieno in merito di-
« scussi non solo nell'interesse pieno de' ricorrenti
« superstiti, ma in rapporto a' detti eredi per gli
» interessi civili. »

3) Nella causa in merito di *Raffaele Cavallone* e *Giovanni della Rovere*, e degli eredi di *Felice de Silvestri* e *Dom. Cori*, 21 geon. 1833, MONTONE comm., NICOLINI m. p., FR. DEMARCO e GIUS. MARINI-SERRA avv. de' ricorrenti.

4) V. l'ultima *nota* al n. precedente.

5) L'inadempimento di questa regola, è una delle cause che rende talvolta incerta la giurisprudenza della corte suprema, confondendo nella formola, *rigetta*, il mezzo che dee dichiararsi inammessibi-

tutti i ricorsi ammessibili in generale, non è certamente ammessibile il motivo che attacchi il convincimento de'giudici, nè quello che non può indicare alcun testo di legge violato, nè quello che venga a denunziarvi una violazione di rito, prescritta, o sia coperta col silenzio: gli art. 324 e 326 dichiarano irricevibili questi motivi anche nel procedimento ordinario. Ma gli altri che sono sì potenti nelle cause comuni, conservano essi indistintamente la loro efficacia nelle cause speciali?

2. L'art. 432 sottrae alla minutezza di alcune forme ordinarie il rito speciale. Tali sono quelle che riguardano il termine de' cinque giorni. Tutte dunque le nullità che nelle cause ordinarie dipendono da questo termine, è vano il ricordarle in corte suprema per le cause speciali, anche quando vi sia luogo a ricorso. L'art. 434 dice espressamente: *non può essere elevata a nullità la mancanza delle forme dalle quali dispensa la legge nel rito speciale*. Basterebbe ciò per conchiudere *e contrario* che debba essere elevata a nullità ogni altra mancanza di forme dalle quali non dispensa la legge nel rito speciale. Perciocchè l'art. 438 prescrive in termini espressi, che fuori di ciò ch' è detto nell'art. 432 (che dispensa dal termine de' cinque giorni), *le regole per la pubblica discussione, e per le decisioni delle cause criminali*, *sono applicabili alle cause speciali*.

3. Or le regole per la pubblica discussione cominciano nelle corti speciali (e ce ne avverte lo stesso art. 432) *dall'ordinanza delle 24 ore secondo l'art.* 195. Da quel punto, fino a che si rende esecutoria la decisione, il procedimento speciale è obbligato dall'art. 438 a tenersi stretto, senza alcuna eccezione, a tutto il rigore delle forme prescritte pel procedimento ordinario; ed in tutto questo corso di atti, quante sono le nullità che possono far cadere un procedimento ordinario, tante son quelle che ne' casi ne' quali è aperto l'adito al ricorso, possono far cadere un procedimento speciale.

4. Se non che gl'impazienti d'ogni indugio qui dir potrebbero che due soli sono i casi ne'quali è aperto l'adito al ricorso contro le definitive speciali. Il primo è quando nella pubblica discussione svanisca il misfatto di competenza speciale, o svanisca la circostanza che vi avea dato luogo; ed essi convengono che in questo primo caso è ammessa ogni nullità, tranne per *la mancanza delle forme, delle quali dispensa la legge nel rito speciale*. Ma nel secondo, quando avvenga che quistioni di dritto sieno risolute con maggioranza di cinque sopra tre, l'art. 434 dice: *il ricorso non competerà che per la sola parte che riguarda l'applicazione della legge*. Non possono dunque, essi conchiudono, parificarsi i due casi che la legge sì accuratamente differenzia.

5. L'intiero art. 434 è così conceputo: « Nelle decisioni pronunziate, quando « nella pubblica discussione svanisca il « misfatto di competenza speciale, o sva- « nisca la circostanza che avea dato luo- « go ad essa, egualmente che a quelle « per condanne a morte o a pene per- « petue, profferite dalle gran-corti spe- « ciali a sola maggioranza e senza il con- « corso di sei fra gli otto voti, è aperto « l'adito al ricorso presso la suprema « corte di giustizia ».

« Il ricorso non competerà in questo « ultimo caso (*è per l'appunto il caso « nostro*) che PER LA SOLA PARTE CHE RI- « GUARDA L'APPLICAZIONE DELLA LEGGE, quan- « te volte questa sia fatta con la discre- « panza sopra indicata.

« Nel caso poi che sia svanita la com- « petenza speciale, non può essere ele- « vata a nullità la mancanza delle forme, « dalle quali dispensa la legge nel rito « speciale ».

Or per conoscere fra quai cancelli sia ristretta la discussione del ricorso, ove questo sia dichiarato ammessibile perchè qualche *applicazione di legge* siasi fatta *a maggioranza e senza il concorso di sei fra gli otto giudici* in decisione che condanna alla morte, è necessario ben guardare alle parole, *per la sola parte che* RIGUARDA *l'applicazion della legge*. La voce *riguardare* è qui il *respicere* delle leggi romane, cioè a dire *pertinere* 1), ch' è il nostro *spettare*, *concernere*, *ri-*

le, e quello che dee rigettarsi. V. il n. V, § 37 in *nota*, pag. 500 di queste *Quistioni*.

1) L. 2, § 9, D. XVIII, 4, *De haereditate et actione vendita*. — L. 27, D. XXI, 2, *De evictio-*

chiedersi, *importare*, *convenire*, *esser relativo*. Quanto dunque concerne l'applicazione della legge, e vi è relativo, e molto più quanto vi è necessario, quanto vi è essenziale, tutto può esser discusso, tosto che il ricorso è ammesso.

6. Or quei cinque sopra tre dichiararono colpevoli di violenza pubblica tutti gli accusati, perchè dalla pruova generica risultavano nell'ucciso ferite che indicavano in essi almeno due portatori di arme propria, *coltello di punta e taglio*, e *puntaruolo da sarto*. Si è dunque definita *arme propria* il *puntaruolo da sarto;* e ciò riguarda (*respicit*) l'applicazione degli art. 147 e 148 delle ll. penali. Ma chi non sa che la destinazione principale ed ordinaria del *puntaruolo da sarto* è quella di far buchi a giubbe ed a busti, non il difendere o offendere uomini, qual è quella de'pugnali, delle sciable, degli schioppi? Quando esso si rivolga effettualmente all'offesa ed alla difesa, diventa *arme*, come il sasso e il bastone, ma sempre impropria 1). L'*ingenere* dunque non rivela che una sola arme *propria* ed una *impropria*. Si è dunque direttamente violata l'applicazione dell'art. 148, quando questo furto con omicidio si è dichiarato accompagnato da violenza pubblica, la quale è costituita dall'unione di più di tre persone, delle quali due o più sieno portatrici di armi proprie.

7. Il quale *puntaruolo*, non veduto da alcun testimone nelle mani di alcuno degli accusati, ma rilevato unicamente dalla pruova generica, feriva più che gli altri, l'estinto *Francesco de Silvestri*, il cui mestiere era quello di sarto. Che egli fosse entrato in concerto cogli altri tre per precedere nella via e rubare l'infelice ucciso, si è fatto risultare da alcune confabulazioni segrete fra i rei, osservate da un sol testimone nel dì precedente, concerto che adempiva all'altra condizione, *sine qua non*, della violenza pubblica, *riunione a fine di delinquere* 2). A corroborare quest'indizio sorgea la deposizione del querelante *Tommaso Antico*: la più diretta era quella di *Tommaso Demarco*. Se togliete in fatti queste due dichiarazioni, il concerto e la riunione di costoro a fine di delinquere svaniscano: la motivazione de' cinque giudici intorno alla violenza pubblica poggia tutto su di essi, e particolarmente sopra le spiegazioni di *Antico*. Questa estimazione dunque delle due deposizioni riguarda pure (*respicit*) l'applicazione dell'art. 147 che vi è trascritto.

8. Or per isnervare il detto di *Tommaso Antico* gli accusati nel termine delle 24 ore diedero in nota *D. Eugenio Pellicciante* che dovea testificare le mille volte che colui gli avea riferito diversamente il fatto di *Demarco*. Ma la grancorte escluse *Pellicciante* dalla nota, perchè era l'avvocato ordinario di *Antico*. Gli accusati, quasi prevedendo l'ammessibilità del ricorso, se ne protestarono per annullamento.

9. Intanto l'art. 202 pr. penale non altrimenti esclude della pubblica discussione un avvocato, se non quando egli è difensore di una delle *parti*, ed è chiamato a deporre ne' fatti la di cui scienza dipende dalla fiducia che il cliente ha riposta nel di lui patrocinio. *Antico*, benchè fratello dell'ucciso, non era *parte* in giudizio, perchè non si era constituita *parte-civile*: niuno avea detto alla grancorte che la scienza di quel fatto era dipesa dalla fiducia che *Antico*, in qualità di cliente, avea riposta nel patrocinio di *Pellicciante*. Dunque abbiamo un arbitrario niego di difesa, e violato l'art. 202: il dritto è conservato con la protesta. — Passiamo all'altro testimone *Demarco*.

10. *Tommaso Demarco* è il testimone a carico il più diretto, perchè di un fatto

nibus. — L. 33, D. XXIII, 3, *De iure dotium*. — L. 2, D. XXVI, 6, *Qui petant tutores*. — L. 3, § 4, D. XXXVII, 5, *De legatis praestandis*.

1) Art. 148 ll. pen. — V. i nn. VII, VIII, IX, X, pag. 180-184-188-196 di queste *Quistioni*. — Nel real decreto del 27 settembre 1844 fu dichiarato che l'asportazione de' *rasoi con animo di delinquere* sia soggetta alla determinazione delle leggi in vigore contro gli asportatori d'armi vietate, e che nondimeno i *rasoi* ritengono sempre la natura di *armi improprie*. — Il porto di *armi proprie vietate* non ha bisogno di pruova dell'*animo di delinquere* per esser punito. All'incontro l'*arme impropria*, comechè vietata, non constituisce mai elemento di *violenza pubblica*.

2) Art. 147 ll. penali. — Condizione I, *numero non minore di tre individui*, II, *riuniti a fine di delinquere*, III, *de' quali due almeno sieno portatori di* ARMI PROPRIE.

da cui si argomenta il disegno criminoso di *de Silvestri* prima dell' avvenimento; testimone da cui partono, ed in cui si legano tutti gli indizii posteriori. Fu dato in nota dal pubblico ministero; ma non fu citato; e perciò non si presentò alla pubblica discussione. Il difensore di *de Silvestri* dimandò, che fosse chiamato ed udito. Era il *Demarco* condannato alla rilegazione. Il min. pubblico non si oppose: la gran-corte nel dì 12 settembre 1831 rimise il pronunziarvi all'esito del dibattimento; e passò all'udizione di molti testimoni. Si consumano intanto molte altre udienze in esaminar testimoni fino al 26 ottobre; quando la gran-corte, per primo atto del riaprimento della discussione di quel giorno, vi pubblica una deliberazione fatta poco innanzi nella camera del consiglio, con la quale si decideva, che si fosse data lettura della dichiarazione di costui, perchè un condannato alla rilegazione non doveva, in forza dell'art. 242 pr. penalo, esser chiamato nè inteso oralmente. A tale pubblicazione *de Silvestri* si protestò per annullamento.

11. Tre manifeste violazioni di legge son cadute in questa deliberazione. La prima è, che non si era ancor veduto l'esito del dibattimento, al quale solo, in forza della prima deliberazione, pensar potevano gli avvocati per aspettarsi la decisione della loro dimanda, perchè la deliberazione del 12 settembre ne rimetteva a quel tempo la discussione; ed il dibattimento durò poi fino a marzo. La seconda è, che i difensori degli accusati non furono chiamati nè intesi per questa deliberazione. La terza è, che l' art. 242 mette per causa della lettura legale della dichiarazione d'un uomo vivente, l'assenza dal proprio domicilio, nel quale egli sia stato citato; e qui manca la citazione al domicilio e forzato del rilegato; nè vi è alcun divieto di legge di farlo venire, come ogni altro condannato, per essere udito nella discussione pubblica, e poi rinviato al suo destino.

12. Abbiamo già detto che la pruova generica intorno alla qualità delle ferite nella persona dell'ucciso ebbe molta influenza sulla dichiarazione della violenza pubblica nel misfatto. Gli accusati perciò chiamarono altri periti generici alla pubblica discussione. Ma domandando che si dirigesse una interrogazione assai grave ad uno di essi, *Biagio Vicino*, la gran-corte rifiutò di farla, perchè non espressa precedentemente nelle posizioni a discolpa. Questo rifiuto fu seguito da immediata protesta per annullamento.

13. Non è stato mai di dubbio dritto, che i testimoni, così a carico, che a discarico, tosto che entrano a far parte della pubblica discussione, posson essere interrogati sì di ufizio, che ad istanza della parte pubblica o delle parti private, sopra tutta la causa. Le posizioni a discarico sono puramente *indicative*, non *tassative*. Così le dichiarazioni scritte de'testimoni a carico, rimangano quali mere indicazioni, quando son chiamati costoro a deporre con giuramento di dire tutta la verità, null'altro che la verità. Se le dichiarazioni scritte, le quali sono le posizioni di fatto de'testimoni a carico, non restringono il campo dello loro interrogazioni, molto meno le posizioni a discolpa debbono restringer quello de'testimoni a discarico: i dritti dell'accusato sono per lo meno eguali a quelli dell'accusatore. L'art. 248 pr. pen. dice indistintamente per tutti i testimoni così a carico che a discarico: *verranno interrogati sulla causa*. L'art. 250 dà facoltà all' accusato di far interrogare qualunque testimonio sopra *tutto ciò che può esser utile alla sua difesa*, e dà obbligo al presidente di avvertirlo volta per volta di questo dritto. L' art. 252 estende questo dritto sino a far richiamare il testimonio, dopo che costui ha chiusa la sua deposizione, ed è stato licenziato, e si sono intesi altri testimoni. Era dunque una facoltà concessa dalla legge all'accusato il far interrogare il testimone *Vicino* sopra oggetti pertinenti alla causa, benchè non indicati nelle posizioni a discarico. La gran-corte rifiutò questa dimanda. L'art. 330 dichiara nullità il rifiuto di ogni dimanda, tendente ad esercitare un dritto accordato dalla legge; ed obbliga la corte suprema ad accogliere questo mezzo, quante volte esso sia conservato, siccome avviene nel caso attuale, con apposita protesta. Si aggiunge, che la interrogazione che chiedevano gli accusati, non era disdetta dalla loro posizione, anzi vi era compresa. Imperocchè la posizione riguardava appunto la quistione fondamentale di tutta la causa, se

la pruova generica presentasse o no i caratteri della riunione di tre o più, de'quali almen due fossero muniti di *armi proprie*. La gran-corte dunque ha negata la difesa, creando un divieto che non impone la legge, ed ha perciò violati gli art. 248, 250, 252 e 330 pr. penalo 1).

14. Tradirei il mio dovere, se a questi mezzi che riguardano la causa di tutti i ricorrenti, io non aggiugnessi di ufizio quello che a me sembra più grave, perchè contiene il più tristo abuso, anzi eccesso di potere, benchè esso sia nel solo interesse degli eredi del già dato a morte *Felice Silvestri*. Se l'art. 438 prescrive alle gran-corti speciali la più religiosa cura delle regole delle decisioni criminali ordinarie, non poteva certo preterirsi l'ultima di esse, sancita nell'art. 304: *La decisione debbe essere notificata al pubblico ministero, all'accusato ed alla parte civile*. La parola *debbe*, esprime necessità di dritto. Sì fatta necessità fu riconosciuta per due de'condannati, *Cavallone* e *della Rovere*, a'quali nel 17 marzo fu notificata la decisione, ad onta che questi due avessero prevenuta una tal notificazione col ricorso. *Cori* fu miseramente ucciso, mentre dal palazzo di giustizia era ricondotto alle carceri; e perciò non poteva ricever più una conoscenza migliore della sua condanna. Ma *de Silvestri*, anch'egli ricorrente, fu menato al patibolo, prima che la decisione di condanna fosse stata suggellata per lui da quest'ultima solenne forma di legge, necessario compimento di tutte le altre. Nè notificazione alcuna n'ebbe il ministero-pubblico: anzi non apparisce dal processo che questa gli sia stata fatta giammai. Qual è stato dunque il mandato, ricevuto da lui, di consegnare al carnefice un suddito del Re, se quando ha ciò fatto, la decisione di morte era ancora imperfetta? Che diremmo di un usciere, che all'intendere pubblicata all'udienza del tribunale una sentenza, corresse subito all'arresto personale ed al sequestro de'beni di un debitore, senza ricever prima lo scritto mandato? Che diremmo di un procuratore del Re, che si attentasse di ordinarlo, senza veder prima, compiuta fino alla notificazione, la sentenza? Vi è forse qualche legge, che fa considerare atto più importante un arresto civile, o un sequestro di mobili, che non è il troncargli la testa per mano del carnefice?

15. Ed ecco perchè l'art. 567 del regolamento giudiziario, se ingiunge l'obbligo al ministero-pubblico di far eseguire fra ventiquattr'ore tutte le decisioni delle gran-corti speciali, non dice già che questo termine corre da che le decisioni vengono pubblicate, ma *da che saranno divenute esecutorie*. E come, e da qual momento, una decisione inappellabile diviene *esecutoria*? Quando ella non solo è già compiuta di tutti i solenni, ma è rivestita anche delle forme di un atto legislativo, cominciando dalla intestazione col nome augusto del Re, fonte unico di tutte le giurisdizioni, e senza l'autorità di cui, giudici, consiglieri, presidenti, procuratori generali, avvocati generali, tutti siam niente, e niuno ha il dovere di riconoscere i nostri atti altrimenti che come atti privati: tal che solamente dopo quell'augusta intitolazione il presidente e la corte, prendendo niente meno che le alte veci e la parola del Re, pronunzia in suo nome: *Comandiamo ed ordiniamo a tutti gli uscieri.... a'nostri procuratori generali.... a tutti i comandanti della forza pubblica* ec. ec.; formola che dimostra non poter gli uscieri, non i procuratori generali, non i comandanti militari discendere ad alcun atto di esecuzione, senza udirlo ordinato in nome del Re. Questa è la formola che sola può mettere in movimento la forza pubblica, e render terribili le decisioni dei magistrati. Allora solo esse si dicono *esecutorie;* allora solo i procuratori generali del Re, compresi nominatamente in questo mandato, debbono farle eseguire; o questa formola non comincia a spiegare la sua forza, se prima l'usciere non adempie alle notificazioni prescritte dall'art. 304 da noi sopra rammentato.

16. Si legga intanto l'atto di esecuzio-

1) Confermano questa teoria i seguenti arresti della corte suprema. — Nella causa di *Ponziano di Stefano*, 14 novembre 1835, Celentano comm., Nicolini m. p. — Nella causa di *Leonardo Matarese*, 16 nov. 1836, Longobardi comm., Nicolini m. p. — Nella causa di *Donatantonio* e *Domenico Miccolis*, 9 settembre 1840, De Luca comm., Nicolini m. p.

ne del dì 5 marzo (*L' avv. gen. ha qui data lettura del processo-verbale di esecuzione in persona di Felice de Silvestri*). — Adunque la decisione in esame è stata eseguita d' ordine di chi non ne aveva ricevuta ancora la notificazione; è stata eseguita a danno di chi nemmeno l' avea ricevuta; è stata eseguita prima che fosse diventata *esecutoria*. L' atto di esecuzione è di sua natura troppo fatalmente irretrattabile pel condannato. Ed è più doloroso, ch' ella sia caduta sopra il più giovine di tutti quegli accusati. *Felice de Silvestri* non avea compiuto il suo diciannovesimo anno quando fu commesso il misfatto. Era dunque di pochi mesi maggiore dell' età, fino alla quale la legge non permette condanna di morte. E chi sa, se trattenutane l' esecuzione, fino a tanto che, a' termini dell' art. 304 delle ll. di pr. e dell' art. 567 del regolamento, la decisione non fosse diventata *esecutoria*, chi sa che anche nel caso in cui il ricorso di *de Silvestri* fosse stato irricevibile in questa corte suprema, chi sa ch' egli in questo frattempo non avesse avuta la felice opportunità di far giungere le sue preci fino al real Trono, onde impetrare dal nostro Re clementissimo pietà e commiserazione all' età sua; e che il Re fra i quattro, appunto per questa ragione, avesse scelto lui per fargli pruovare gli effetti della grazia? Ma il fatto non si può disfare. Esso però è sempre un fatto, non un dritto; un fatto abusivo, perchè eseguito prima della notificazione della decisione di condanna, e prima che questa fosse divenuta *esecutoria*; e perciò nullo per gli effetti civili nell' interesse degli eredi.

17. Io dunque dimando per questi mezzi, in nome della legge, e nell'interesse di tutte le parti, l'annullamento di tutto il procedimento della gran-corte speciale, dal termine delle ore ventiquattro 1).

—

XXXV.

La stessa quistione del n. XXXIII.

1. Signori 2), accusato *Gaetano Borrello* di due furti accompagnati da violenza pubblica, e di omicidio premeditato in persona del suo proprio germano, fu sottoposto a legittimo stato di accusa, e perchè i due primi misfatti erano di competenza speciale, si ordinò che in vigore dell'art. 427 pr. penale, ei fosse giudicato per tutti e tre i misfatti col medesimo rito 3).

2. Giudicato costui in tal modo, e perciò non da sei, ma da otto giudici, si dichiarò *all' unanimità*, ch' egli avesse commesso ed il primo ed il secondo furto, accompagnati da pubblica violenza; e del pari *all' unanimità*, che avesse commesso omicidio volontario in persona del proprio fratello. Se non che quando si discutesse la premeditazione, tre dei giudici non vi trovarono il disegno formato prima dell' azione; cinque se ne convinsero; e con questa disparità fu dichiarato premeditato il fratricidio. Ma niuna controversia si elevò per la intelligenza dell' art. 351 delle ll. penali, il quale disegna a qual concetto di fatto debba applicarsi il nome di legge, *premeditazione*: la controversia risoluta *a maggioranza di cinque sopra tre*, fu solamente pel fatto: chè quistione pura di fatto è la quistione del tempo in cui fu formata nell' animo dell' omicida il disegno di uc-

1) Così venne deciso. — La gran-corte di rinvio non avea più che due accusati a giudicare. Per uno pronunziò, *non consta*. Condannò l'altro alla pena di morte, la quale fu commutata per grazia sovrana in pena minore.

2) Nella causa di *Gaetano del Borrello*, 2 settembre 1835, Montone comm., Nicolini m. p., Nic. di Giovanni avv. del ricorrente.

3) Fu prodotto ricorso avverso questa competenza. — Il ricorso era relativo ed alla forma con cui la gran-corte avea spiegata la sua convinzione, dicendo solo, *ritenuti i fatti espressi nell'atto di accusa*, ed a' fatti medesimi che si dicevano non provati. Ma la corte suprema osservò, che la gran corte criminale col rilevare i fatti espressi nell'atto di accusa, aveva fatta sua la loro estimazione, o niuna legge esige che si dicano nella decisione ad una ad una le pruove che si dichiarano *sufficienti*. Quindi fu rigettato il ricorso. Arresto del 18 giugno 1834, Montone comm., Nicolini m. p.

cidere, cioè a dire se prima o nell' atto stesso dell' azione 1).

3. Ben altra sarebbe l'*applicazione della legge* senza riguardo alla pena: chè di pena non si parla nell'art. 351, come di pena non si parla nell'art. 147 che definisce la violenza pubblica 2): la pena del fratricidio premeditato è nell'art. 353, come la pena del reato accompagnato da violenza pubblica è nell'art. 149. Or l'*applicazione della pena di morte* in quella causa fu poi fatta *all'unanimità*, perchè tutti dovettero per necessità di legge ritenere la conchiusione della maggioranza, di essere, per certezza di fatto, premeditato il fratricidio 3).

4. Intanto il condannato ha prodotto ricorso avverso tal definitiva, sostenendo esser questo il caso della *revisione di ufizio*, o almeno del *ricorso*.

5. Che non sia caso di *revisione di ufizio* in vigore degli art. 91 e 137 della l. organica, è evidente, perchè l' *applicazione della pena* è stata fatta *all'unanimità*. Il real rescritto del 14 febbraio 1818 ci mostra chiaramente che la *revisione di ufizio* non può mai cadere che sulla sola parte ultima e dispositiva della decisione, contenente la pronunziazione della condanna, quando sia fatta a sola maggioranza di cinque sopra tre voti 4).

6. Che non sia caso di *ricorso* (a) è del pari evidente. Imperocchè la quistione risoluta *a maggioranza di cinque sopra tre*, è stata quistione di fatto, non quistione di applicazione di legge. Se la opposizione de' tre fosse stata seguita almeno da un altro, la parità avrebbe operata l'esclusione della premeditazione, non perchè degli otto giudici alcuni avessero interpetrato l'art. 351 in un modo, ed alcuni in un altro, ma perchè quattro avrebbero sostenuto, come in questa causa sostennero soli tre, non constare delle condizioni di fatto richieste dall'art. 351. Voi avete ammesso un altro ricorso per la disparità nell' applicazione della legge nella definizione d' un altro misfatto accompagnato da violenza pubblica, perchè quivi non si disputava del fatto: tra le armi delle quali i rei erano portatori, tutti i giudici riconobbero, non un istrumento la cui principale destinazione era l'offendere o il difendersi, ma un ordigno di mestiere, un *puntaruolo da sarto:* la disparità nacque sulla nuda applicazione degli art. 147 e 148 delle ll. penali; e la somma del ragionamento fu, che « un « istrumento di mestiere, impiegato ad « offendere, diventa arme propria per que- « sta sola intenzione di usarne; sì che « l'asportarlo a fine di delinquere, adem- « pie alle condizioni della violenza pub- « blica ». Questa è quistione, non di *applicazione di pena*, perchè niuna pena si trova stanziata ne' detti due art., ma di sola *applicazione di legge* in quanto alla definizione del reato.

7. In questo caso, per l'art. 434 proc. penale, potrebbe pure annullarsi una decisione di gran-corte speciale *per la sola parte che riguarda l'applicazione della legge*. Imperocchè se i cinque giudici avesser pensato che il cangiar l' arme da impropria in propria dipendesse dalla sola destinazione che se ne fa nell'animo del delinquente, ne rimarrebbe l'applicazione della legge abbandonata all'arbitrio, mentre le definizioni de' nomi di legge appartengono a condizioni immutabili, dalla legge stessa rilevate. La legge sola è che fissa queste condizioni, e nel giudizio che se ne fa, dà un nome che non lice più affigere se non a' fatti avvenuti con quelle tali condizioni. Riconoscer questi in una causa, e giudicarvi l' esistenza della tale o tal altra condizione, è giudizio di fatto: negare o attribuire a questo giudizio un nome di legge, è quistione di dritto. Il chiedere dunque se alcuno abbia ferito a colpo di schioppo, è quistione di fatto; ma che lo schioppo sia arme propria, è definizione di legge. Così afferma un fatto, chi afferma il disegno di uccidere forma-

1) Pur tuttavolta vi fu *legge applicato*, quando al fatto si applicò l'art. 351. V. *sopra* n. XXXIII § 26, pag. 919.

2) V. *sopro* il n. X, § 8, pag. 824.

3) Art. 288 pr. penale.

4) V. ampiamente esposto il comento dell'art. 91 dela l. organica, nella nostra *Proc. penale*, III, § 1248 a 1256. — V. *sopra* § 18 e segg. num. XXXIII.

(a) *Abolite oggi le gran Corti speciali è sempre salvo il diritto ol ricorso, sia quolunque il modo col quale avvenne la votazione da parte della Corte d' Assisie, salvo rispetto ai giuroti il rinvio ad altro sezione, quando giusto l' art. 509 vi fu moggioranzo di soli sette voti sopro cinque su la quistione principale, e la Corte credesse di essersi ingannati i giurati.*

to prima dell' azione; ma è applicazione di legge il dirne l' azione per l' art. 351 premeditata. Se dunque avvenisse che in applicar quest'art., cinque giudici avesser pensato, che quel *disegno* di cui esso parla, indichi qualunque procelloso e mal distinto pensiero, e che quell' aggiunto *formato* non vaglia forma nitida e certa di conceputo proposito, e che quel *prima dell'azione* non esprima un certo tempo che distacchi il concepimento dall'esecuzione, ma che sia qualunque volontà che preceda anche d' un attimo il fatto, allora sì, che i cinque avrebbero violata la legge nella sua applicazione, e si aprirebbe adito al ricorso, e quest' applicazione di legge sarebbe rescissa.

8. Di ciò nulla è avvenuto nella causa presente. L'applicazione dunque della legge non è stata violata: anzi non vi è apparenza di alcuna violazione. Il giudizio conchiuso da' cinque voti sopra tre, è di puro fatto, non di dritto.

9. Ciò non ostante lodevole a me sembra la condotta del procurator generale che non volle passare alla esecuzione della condanna, se prima la decisione non fosse stata compilata e notificata. Fatto ciò, ella era diventata *esecutoria* 1), e doveva essere eseguita. Ad arrestarne l'esecuzione, un ricorso dovrebbe contenere un capo motivato, diretto a questo fine; collocando cioè la decisione in uno de' casi dell' ammessibilità del ricorso. Qui niuna applicazione di legge è stata risoluta a maggioranza: una sola quistione di fatto ha diviso i giudici in due diverse sentenze. Parmi dunque che il ricorso sia inammessibile 2).

—

XXXVI.

REALE RESCRITTO — **Alcuni principii della giurisprudenza indicata ne' quattro nn. precedenti sono stati disapprovati.**

1. Le leggi di procedura penale dispongono negli art. 433, 434 e 438 quanto segue:

« Art. 433. — Nel caso che nella pubblica discussione svanisca il misfatto « di competenza speciale, o svanisca la « circostanza che avea dato luogo a tal « procedimento, sarà ciò non ostante decisa la causa da tutti gli otto giudici « che hanno assistito alla pubblica discussione.

« Art. 434. — Alle decisioni pronunziate a' termini dell' art. precedente, « egualmente che a quelle per condanne « a morte o a pena perpetua, profferite « dalla gran-corte speciale a sola maggioranza, e senza il concorso di sei fra « gli otto votanti, è aperto l'adito al ricorso presso la suprema corte di giustizia.

« Il ricorso non competerà in quest'ultimo caso, che per la sola parte che « riguarda l' applicazione della legge, « quante volte questa sia stata fatta colla « discrepanza indicata nel d. art.

« Nel caso poi dell' art. precedente non « può essere elevata a nullità la mancanza delle forme, dalle quali, dispensa « la legge nel rito speciale.

« Art. 438. — I processi di competenza delle gran-corti speciali saranno istruiti e giudicati a preferenza degli altri. Le regole per la pubblica discus-

1) Le lungherie introdotte nella compilazione delle decisioni delle gran-corti criminali e speciali (V. i nn. IX e X p. 369-374 di queste *Quistioni*) le quali le fanno dar fuori per la notificazione dopo tempo lunghissimo, sono state rilevate da noi al n. V, § 39 e segg pag. 500 di queste stesse *Quistioni*. Nè mancano esempii di decisioni di gran-corti speciali, eseguite pria che notificate, non che prima che fossero state compilate (N. XXIV, § 16). Ma il regolamento vuole che per essere queste eseguite, sieno *esecutorie*. E come posson essere *esecutorie*, se pria non sono compilate e rivestite della *formola esecutoria*? La legge del 1 luglio 1809 imponeva il dovere di eseguire le decisioni delle gran corti speciali tra le ventiquattr'ore dalla loro pronunziazione. Eppure in sì breve tempo erano compilate e notificate ed affisse in istampa. Oggi il tempo della esecuzione è prefinito, non dal dì della pronunziazione, ma dal dì in cui la decisione è divenuta legalmente *esecutoria*. Non è per ciò che la legge autorizzi l'ignavia o il mal talento. Il regolamento vuole tal compilazione almeno fra tre giorni. Nelle cause speciali dovrebbe farsi immediatamente.

2) Così venne deciso.

—

« sione, e per le decisioni delle cause « criminali, sono applicabili alle cause « speciali. »

2. Sulla intelligenza ed applicazione dei detti art. sono surte le seguenti quistioni:

I, Se per la inappellabilità della decisione di gran-corte speciale si esiga dall'art. 434 delle leggi di procedura penale il concorso del numero di sei voti uniformi nella risoluzione delle sole quistioni, che han rapporto all' *applicazion della pena di morte*, o *di pena perpetua*; ovvero se si esiga pure nella risoluzione della quistione di *competenza* 1); in modo che dichiarandosi la competenza speciale senza il concorso di sei voti uniformi, debba darsi luogo al ricorso alla corte suprema di giustizia:

II, Se aperto l' adito al ricorso perchè non risoluta la quistione, uniformemente all' art. 434, col numero almeno di sei voti, debba la corte suprema limitarne la discussione alla parte sola riguardante l'*applicazione della pena*, ovvero estenderla sulla competenza come pure sulla legalità di atti, ordinanze, deliberazioni anteriori alla decisione diffinitiva:

III, Se la *revisione di ufizio* delle decisioni di condanna a morte, o a pena perpetua, che gli art. 91 e 137 della legge organica giudiziaria attribuirono alla corte suprema, sia rimasta in vigore dopo la emanazione dell'art. 434 delle ll. di proc. penale.

3. Sua Maesta' nel consiglio ordinario di stato del 27 del prossimo scorso marzo ha sovranamente dichiarato;

I, Che per la sola *applicazione di pena di morte* o di *pena perpetua*, si richiegga nelle gran-corti speciali il concorso del numero di sei voti uniformi per non dare adito al *ricorso* alla suprema corte di giustizia; ma che nella dichiarazione, o a dir meglio nella conferma della dichiarazione di competenza speciale, un tal numero non si richiegga, e basti la sola maggioranza per togliere il diritto a qualunque ricorso:

II, Che sulla semplice *applicazione della legge*, ossia della *pena*, debba versare il *ricorso*, e conseguentemente la decisione della suprema corte, quante volte la condanna sia avvenuta con numero minore di sei votanti:

III, Che per l'art. 434 delle leggi della proc. penale la *revisione di ufizio* delle decisioni di condanna a morte o a pena perpetua che gli art. 91 e 137 della legge organica giudiziaria attribuivano alla corte suprema, non debba considerarsi rimasta in vigore.

4. Nel real nome ec. ec. Napoli 1 aprile 1837. — Nicola Parisio.

—

XXXVII.

Delle nullità efficaci alla rescissione di un procedimento penale.

1. Nell'avvertimento preposto al n. III (*pag.* 799) dicemmo conveniente alla materia di questo volume, il chiuderlo in fine, richiamando alla mente ed ordinando i principii regolatori del giudizio di quelle *nullità* di procedimento, le quali posson essere efficaci a farlo rescindere. Lavoro è questo già fatto estesamente da noi nella nostra *Procedura Penale*. Qui lo riassumiamo per capi.

Principii generali.

2. I principii onde ben giudicare delle nullità e de'suoi effetti, sono ne'*Digesti*, lib. XLIX, tit. 8, *quae sententiae sine*

1) S'intendo già che la *quistione di competenza* di cui qui si parla, sia quella che vien reiterata dopo la discussione pubblica, quando sorga da questa alcun dubbio che la competenza specialo o la circostanza che l'ha motivata, sia svanita. Sulamente in sì fatta reiterazione può darsi luogo a disparità di cinque sopra tre. Nella prima dichiarazione, in quella cioè la quale si fa nel giudizio di sottoposiziono all'accusa, la diformità o uniformità non influisce all' ammessibilità del ricorso; perchè sì nel caso della uniformità, e sì noll'altro dolla difformità, il ricorso avverso il giudizio di sottoposizione all'accusa viene accordatu di dritto. Anzi allora la gran-corte non può giudicare che in numero dispari non maggiore di cinque giudici, o la difformità massima non potrebb'essere cho di tre sopra duo.

—

appellatione rescindantur. Questo potere è dato appo noi alla corte suprema di giustizia. Dove può ripararsi un errore con l'appellazione o altro rimedio legale presso i giudici del merito della causa, non può ricorrersi alla corte-suprema. Le sentenze e decisioni che possono da lei rescindersi, debbon essere *sine appellatione*, cioè a dire irrevocabili. Nelle altre prevale l'antica massima, *si gravaris appella*. È dunque il potere della corte suprema un rimedio estremo e straordinario.

3. Niuna prevenzione, niuna presunzione di legge a favore o contro la sentenza accompagna l'appellazione. Il giudice esaminando *ex integro* la causa, ne esamina pienamente e ne bilancia il merito in fatto ed in dritto. Quello ch'egli ha principalmente in mira è *ius litigatoris*. Ma questo *ius* non può derivare che dalla legge. Per lo che *ius legis*, *ius constitutionum*, vi si celebra pure per necessaria conseguenza, come quello di cui, nel disputare del gius de' litiganti, può dirsi, *hinc omne principium, et huc refer exitum*.

4. All'incontro in un giudicato inappellabile, ci previene a favore di esso la *presunzione di verità*, base per ogni cittadino della sicurezza e tranquillità sociale: *res iudicata pro veritate accipitur*. Allora di ciò ch'è puro *ius litigatoris*, la nostra legge più non s'imbarazza: ella ha garentito abbastanza il diritto delle parti con le opposizioni, con le appellazioni, con le forme giudiziarie, col numero de' giudici: chè fu antico detto, i pochi far sempre a modo de' pochi. Ma ella non può essere indifferente se il dritto attribuito al litigante sia contrario a lei stessa. Quindi la corte suprema ha particolarmente in mira *ius legis*. Ma come questo *ius* vi si guarda nelle cause particolari, così la sua disamina può anche colpire *ius litigatoris*. Ciò ch'è principale nell'appello, è accidentale in corte suprema, e di conseguenza non sempre necessaria.

5. Agendosi in corte suprema con la presunzione di dritto che il giudicato sia una verità, ogni dubbiezza dee risolversi a favore di esso, come in giudicare in merito le cause penali ogni dubbio si risolve a favore del reo, per la presunzione d'innocenza che accompagna ogni cittadino fino a tanto ch'ei non sia manifestamente chiarito colpevole. La c. s. dunque non può rescindere alcun atto giudiziario, nè renderlo irrito nullo e come non fatto, se non quando esso è in sì manifesta contraddizione con la legge applicata, che conservarlo con essa sarebbe lo stesso che implicarsi in una contraddizione. Ove dunque non è legge applicata, non può esistere nullità che operi la rescissione dell'atto. Il principio di contraddizione, *non potest idem simul esse et non esse*, è il principio unico, il principio conoscitivo de' giudizii della corte suprema.

6. Ma qualunque legge positiva, non sì tosto si applica alle persone nello stato civile, è soggetta sempre a *prescrizione temporale* in quanto *respicit ius litigatoris*, comechè la sua violazione, in quanto *respicit ius legis*, rimanga perpetua. La *prescrizione di tempo* è il primo fonte naturale de' dritti e delle proprietà particolari, come è la prima di tutte l'eccezioni. Il legislatore non fa che prefinire il periodo di tal tempo ad anni, a mesi, a giorni, in ciascun grado della scala dei diritti e de'doveri degli uomini. Quindi se le parti in giudizio (*litigatores*) vogliono, *ex violato iure legis*, profittare della rescissione d'una sentenza irrevocabile (*sine appellatione*), debbono dimandarlo con ricorso da prodursi in un tempo determinato. *Ius legis* è imprescrivibile; prescrivibile è *ius litigatoris*: frasi di dritto romano che noi abbiam tradotto in *interesse della legge*, ed *interesse delle parti*. La facoltà che ha la parte al ricorso, si prescrive col trascorrimento de'giorni assegnati a produrlo: il dritto poi a far valere nel proprio interesse una nullità di procedimento, come si conserva con apposita protesta, così si prescrive col passare in silenzio all'atto seguente. Quindi la frase forense, *nullità coperta col silenzio*. Tutti i capi di nullità, se son prescritti in tal modo, non si aprono adito alla corte suprema nell'interesse della parte, ed allora sono *irrecevibili*. Ed è frequente, che dichiarato *irricevibile* un ricorso *nell'interesse delle parti*, si rescinda il giudicato *nell'interesse della legge*. *Irricevibili* son pure i ricorsi che riguardano il mero *ius litigatoris*, o che non indicano testo alcuno di legge violata.

7. Tripartita è la nostra legislazione po-

sitiva; *leggi civili* e *leggi penali* propriamente dette, *leggi giurisdizionali*, *leggi di procedura*. Tre dunque possono essere le specie di nullità negli atti giudiziarii.

Leggi civili e penali.

8. Niuna facoltà ha il giudice di dare un *nome di legge* ad un fatto che non ne ha le condizioni: questa diciamo *falsa definizione di fatto*; e niuna ne ha di attribuire ad alcuno un dritto o prescrivergli un dovere che non gli dà la legge; come non ne ha di pronunziare assoluzione per un fatto accertato che meriti pena, e niuna di condannare ad una pena, all'infuori di quelle che son determinate dalla legge, o al di là de' casi da essa preveduti. Quindi può esservi nullità di *applicazione di legge*, o nella definizione del fatto, o nell'attribuire un dritto, come nel prescrivere un dovere, o nell'assoluzione, come nella pena.

9. Da ciò la distinzione di *fatto* e di *dritto*. Per *fatto* che *in arbitrio est iudicantis*, e su cui la corte suprema non ha impero, come quello che *respicit purum ius litigatoris*, intendiamo l'accertamento delle circostanze particolari della causa, e la estimazione delle pruove. Anzi riunir questi fatti in una somma che li esprima tutti in una frase complessa, sarebbe pur giudizio di fatto. Ma come questa frase debb'essere l'ipotesi della legge, riducendo la di lei formola generale in proposizione particolare alla causa, la quale diventa la *definizione del fatto*, così da questa comincia ciò che *legis auctoritati reservatur*. L'assoluzione o la pena compie l'*applicazione della legge*.

10. È dunque nullità per violazione di leggi penali, il definire una serie di fatti con un nome di legge che lor non conviene, perchè essi non ne contengono le condizioni; è nullità, se la decisione assolve chi da' fatti accertati e ritenuti apparisce colpevole; è nullità, se si applica una pena non corrispondente alla definizione del reato. Lo stesso è nelle cose civili. Intanto il dovere dell'assoluzione, come il dovere di ammettere o escludere le eccezioni perentorie, non è scritto tutto nelle leggi penali propriamente dette, ma nelle leggi di procedura. Pur tuttavolta il contravvenirvi è violazione di legge determinatrice de' diritti e delle obbligazioni, comecchè il legislatore abbia creduto servir meglio alla chiarezza, parlandone nelle leggi di procedura.

Leggi giurisdizionali.

11. Tanta potestà ha il giudice, quanta glie ne dà la legge. Quindi la distinzione della competenza *per ragion di territorio per ragion di gerarchia*, *per ragion di materia*. Se n'è ampiamente discorso precedentemente. Le differenze tra nullità per *incompetenza*, e per *abuso* o eccesso *di potere*, sono spiegate nella nostra *Proc. penale*, I, § 418 a 421, e 568 a 577, e III, § 21 a 30, 579 a 583.

Leggi di procedura.

12. Le forme di procedura altre sono ordinate espressamente *a pena di nullità*, altre con la frase *il giudice dovrà*, altre son inculcate tanto, che ogni altra via è proibita al giudice con la frase, *non può*. Tutte queste frasi indicano necessità di dritto.

13. Altre forme poi sono ordinate semplicemente senza l'aggiunzione di frasi sì forti. Non è per ciò che sien esse abbandonate all' arbitrio. Le parti possono richiederle, o rilevarne a tempo la violazione. Se il giudice allora trascura di adempiervi, ed ove sia possibile, rettificarle, anche la violazione di queste forme porta a nullità, purchè il dritto ne sia conservato con apposita protesta che ne interrompa la *prescrizione*.

14. Gli atti che vengono accusati a tempo come eseguiti in contravvenzione della legge di procedura, ove non sieno di lor natura legalmente reiterabili, nè assolutamente possano più rivestirsi di forme legali, serviranno in giudizio solamente come fatti che non possono disfarsi; atti stragiudiziali però e quasi privati, non mai atti solenni e legali.

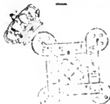
15. La violazione delle forme, ordinate di mano in mano nel corso della causa, se precedono la constituzione in giudizio con la nomina del difensore, il reo dee rilevarla, nel termine di cinque giorni ne' giudizii criminali, nel termine delle ventiquattr' ore ne' giudizii speciali, nell' apertura della pubblica discussione nei

giudizii correzionali o contravvenzionali: altrimenti la facoltà n'è *prescritta*. Tutte le altre violazioni, anche ove le forme sieno ordinate *a pena di nullità*, o con la voce *dee*, o con la frase *non può fare altrimenti*, si *prescrivono* pure col trascorrimento de'giorni indicati dalla legge; e quando il tempo non sia dalla legge determinato, si prescrivono sempre col passaggio ad altri atti successivi senza protesta o ricorso. — S'intende sempre dell'atto di cui le parti ed il loro difensore abbiano conoscenza legale. La non comunicazione di un atto conserva sempre la nullità fino a tanto che l' interessato ne ha scienza.

16. La giurisprudenza ha conservato il dritto a dedurre la nullità per violazione della formola del giuramento de'testimoni, anche quando passandosi agli atti successivi, non se n'è fatta protesta. Ma così a questa, come a qualche altra violazione di rito che si ha uso di dire *imprescrivibile* nell' interesse delle parti, può applicarsi l' antica regola: *consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*. In materia di rito non leggo nella legge la distinzione scolastica di nullità assoluta o relativa.

17. Ogni violazione di rito che sarebbe stata emendabile dietro dimanda della parte privata pria di passarsi ad altri atti, può esser materia di avvertimento o disapprovazione della corte suprema, ma non può operare rescissione del giudizio *nell'interesse della legge*. Perciocchè *ius legis* non è violato, quando ella rimise i mezzi di farne eseguire o rettificare le forme alla diligenza delle parti, nè queste han voluto impiegarli. Quindi sarebbe strano il dire irricevibile nell' *interesse delle parti*, ed annullare *nell' interesse della legge* per qualche violazione di forma di procedura.

18. Ma l' annullamento *nell' interesse della legge* è sempre richiesto, ove prescritta per silenzio delle parti la facoltà a far valere l' annullamento nel loro interesse, sia la violazione di legge avvenuta nelle leggi penali propriamente dette, o nelle giurisdizionali, per le quali non era dato all'acquiescenza delle parti alcuna forza. Tale sarebbe la incompetenza per sola ragion di materia; o il difetto del numero de' giudici stabilito dalla legge per comporre una corte; o il difetto della loro cognizione, come avverrebbe se alcuno de' giudici non fosse stato presente a tutte le udienze della causa; o l'eccesso *di potere*, se si fosse usata autorità o violenza per soffogare i mezzi di difesa e l' avviamento legale di un ricorso prima dell' esecuzione. Per lo che merita cura il discernere nelle parti del codice, intitolate *leggi di procedura*, quello ch' è compimento delle leggi civili e penali propriamente dette, o delle leggi organiche giurisdizionali. Il rigore con cui si guardano le nullità di rito non si estende a tutto ciò ch'è compreso sotto il titolo, *leggi di procedura*, ma è ristretto alle sole forme ed all'andamento del procedimento: ciò che vi è di giurisdizionale, ciò che vi è di dritti definitivi e di definitivi doveri, non è procedura. *Magis rei veritas et substantia intuenda est, quam scriptura.*



FINE.

INDICE ALFABETICO



A

B

C

D

—

E

F

G

I

O

P

Q

R

S

T

—

U

—

FINE DELL' INDICE ALFABETICO.

